JOHANNIS FRIDERICI BÖCKELMANNI,

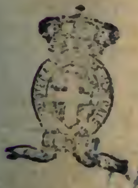
J: Cti: & in Academiâ Lugduno-Batavâ (dum viveret) *Antecessoris*,

EXERCITATIONES DE ACTIONIBUS.

In quibus speciatim

De Dominio, Servitute, Hereditate, Possessione, Pignore, Obligatione Naturali & Civili, nec non de Contractibus Nominatis qui re perficiuntur, puta de Mutuo, Commodato, Deposito, & Pignore,

agitur.





LUGDUNI-BATAVORUM,
Apud FELICEM LOPEZ, Bibliopolam.
M D C LXXXVII.

BIBLIOPOLA
Benevolo Lectori S. P.

Quæ hactenus, veluti sub modio, latitarunt exquisitissima *Magni Böckelmanni* cogitata circa nodosam non minus quam utilem, Jurisque Antistitibus cognitu summopere necessariam *Actionum* materiam, orbi literato tandem communicanda censui, quo usque fata, quæ morte intempestâ; & huic Athenæo luctuosâ, Clarissimum Auctorem cœlicolis adscripsere, telâm hanc pertexere, & typis mandare Μακαρίῳ permisere; nec me ampliùs ab hoc proposito absterreri passus sum, quod auspicata perficere, quæve de *Actionibus* dicenda erant cuncta Tibi communicare non licuerit: quoniam hic tractâtus, cæteroquin imperfectus, plurima complectitur eruditissimè consummata; quæ singula sub diversis in jure titulis veniunt, distinctis voluminibus, aut codicibus à Juris Interpretibus pertractata, eorumve observationibus, aut commentariis illustrata lucem adspiciunt, quæque singula suo commodo, suaque utilitate arrident, Lectorumque animos pelliciunt.

Nam expositâ multis *in proœmio* Actionum Origine, Necessitate atque Usu, Auctor fusius hic exhibet.

Cap. 1. Quæ spectant Denominationem Actionum.

Cap. 2. Earum Definitionem, ac distinctionem ab exceptione, & bonorum possessione.

Cap. 3. *Parte* 1. Actionum Divisionem in rem, in personam, & mixtam profert; causas actionum, videlicet jus in re, & jus in rem exponit; quid jus in re sit, quæque ejus sint species monstrat.

Hinc ea quæ juris in re species concernunt, speciatim tradit, puta

Cap 3. *Parte* 2. Dominium.

Parte 3. Jus Hereditarium, sive Hereditatem veluti sub Dominio comprehensam.

Parte 4. Servitutem.

Parte 5. Possessionem.

Parte 6. Pignus.

Parte 7. Exponit jus in rem, sive Obligationes in genere, indeque resultantes actiones in personam; Obligationum definitionem, & divisionem in Naturalem, Civilem, & Mixtam, declarat.

Parte 8. De Obligatione Naturali purà & inefficaci agit, ejus varia exponit exempla, difficultates motas solvit.

Parte 9 Quid Naturalis Obligatio plenior, qui ejus sint effectus, & species palam reddit, varias leges difficultatem assertis inferentes illustrat.

Parte 10. De Obligatione merè Civili, ejus denominatione, partibus, effectis, & actione ex ea resultante differit.

Parte 11. Quid Obligatio Mixta sit, quæ ejus origo, quomodo dividenda, explicat.

Parte 12. Contractus naturam generalem, definitionem, causam, & differentiam exhibet.

Parte 13. Expositâ generali contractuum nominatorum naturâ, eorumque speciebus, de contractibus nominatis qui re perficiuntur, & speciatim de Mutuo differit.

Parte 14. De Commodato.

Parte 15. De Deposito.

Parte 16. De contractu Pignoris.

Parte 17. Contractum qui fit verbis, & in specie Stipulationem, ejusque effectus proponit.

Hisce, *Benevole Lector*, quæ in hoc opere Celeberrimus Auctor, prolixius enucleavit, in commodum Tuum utere, & Vale.



ΠΡΟΟΙ'ΜΙΟΝ

DE

Origine, Utilitate, Neceſſitate & Uſu Actionum.

§. 1.



Non abs re eſt, quod Juſtinianus antiquati juris quiſquilias ceu inutiles fabulas rejici, & iis, quibus Reſpublica in partibus adminiſtrandis aliquando committenda eſt, nil niſi quod in ipſis rerum obtinet argumentis, ſive quod præſenti ævo uſu vertitur proponi voluiti [a], & quod Paulus Ictus quæ quotidiana ſunt, pleniùs attingenda [b], Ulpianus etiam quæ frequentiora, magis neceſſaria [c] & quæ evidentiſſimæ Utilitatis ſunt, ſine commendatione tractanda eſſe putaverunt [d]. Quo enim quodque ſæpius occurrit, & ſcienti profuturum & nociturum ignoranti, ejus majorem habendam eſſe curam, nemo facilè negaverit, niſi qui communi ratione parum rectè utitur. Quàre etſi quiſque ſuam quidem mereatur laudem, qui, ſive ad juris, ſive ad aliam artem illuſtrandam ſymbolum ſuum confert, palma tamen jure optimo debetur illis, qui receptis & uſitatis operam navantes, neceſſitati communi opportunius auxiliantur; quod cum nemo non intelligat, omnes ſuam operam rerum Uſu & ſperandâ inde Utilitate commendare ſatagunt.

a *Proœm. Inſt.*

b *l. 25. ff. d. liberat. legat.*

c *l. 1. ff. d. Suſp. Tut.*

d *l. 1. d. Reſtit. in integr.*

§. 2. Plerique etiam ICti Titulos quidem, quorum quotidianus & frequens in Foro uſus eſt, Commentariis illuſtrârunt; Pauciſſimi tamen, quod ſanè maximopere mirandum, omnium uſitatiſſimam atque maximè neceſſariam Doctrinam de Actionibus curatiùs tradidere. Neque ullum facilè reperias, qui colophonem ei addiderit. Inter Veteres, è quorum Scriptis Pandectæ conſutæ Valens Septem, Venulejus decem, Paulus totidem libros, ſi non plures, de Actionibus ſcripſere, Hic nominatim etiam de concurrentibus actionibus egit. Omnes verò procul dubio eleganter, ut ea ferebat ætas, ſed horum vix veſtigia ſuperſunt in paucis inde excerptis Digeſtorum legibus; his aliiſque id genus monumentis, ſi non invidiâ, certè conſilio Triboniani non omnibus probato Poſteritati interceptis. A quo tempore Juſtinianeum jus in Occidente veluti è cineribus reſuſcitatum Foro Scholiſque reſtitutum eſt, non defuêre, qui hanc juris partem explicandam ſibi elegerunt: De Actionibus enim agit Baptiſta de S. Blaſio, Joh. de Blanaſco, Jaſon Mainus, Roffredus Beneventanus in Tractatu de formandis libellis, Petrus de Ferrariis, Placentinus in volumine de Varietate Actionum, nec non in Tractatu de Actionibus Perſonalibus, Johannes Criſpus de Termino Actionum, Adamantinus Dioniſius de Diviſionibus Actionum, Johannes Foucherius Arborem omnium Actionum Civilium exhibet, Johannes Oldendorpius Actionum Locos Communes, item Claſſes nec non Formulam inveſtigandarum Actionum compoſuit; idem Johannes Vigelius in Repertorio & paſſim in Digeſtis & Methodo præſtitit: His addendi Johannes Schneidewinus, Gomezius, Hugo Donellus, Reinardus Bacchovius, Chriſtianus Krembergk, Arnoldus ab Harsholte, Aliique, qui ſive ſeorſim, ſive in Commentariis Inſtitutionum in enarrando Titulo Actionum prolixiores fuere; ſed tamen in omnibus multum meritò deſideres.

§. 3. Et Veteres quidem illos methodicum, terſum aut perpolitum quid proferre ævi ejus infelicitas non permiſit: Recentiores alii ſpecies ſingularum Actionum proſecuti, indolem communem non ſatis explicârunt, veluti Oldendorpius, Harsholtius, Vigelius. Plerique Titulo Inſtitutionum inhærentes multa ad rem pertinentia cum Methodo negligunt, veluti Schneidewinus, Donellus, Krembergk &c. Bacchovius nunc nimius in jure Contro-

troverso & confutandis æmulis, nunc parcior in explicanda Ubertate Materiæ, quàm usus Fori efflagitat: Aliis alibi aqua hæret.

§. 4. Sic nondum occupatum est Nobile illud Argumentum, sed patet etiamnum amplissimus hic campus, in quo se Virorum Doctissimorum ingenium exerceat & industria. Etenim qui hoc Argumentum uti dignum est tractare in animum inducunt, multâ ad id opus habent supellectile, & annuâ, bimâ, trimâ die. Quæ cum Nobis absint, tanti quidem Operis perficiendi neque spem concipimus, neque laudem affectamus; vadum tamen tentandum putavimus ea in re, in qua illaudabilis haut potest esse qualiscunque conatus. Eam verò ne omissis initiis atque adeò illotis manibus Gajo [a] aggredi videamur, paucula de Origine, Utilitate, Necessitate & Usu Materiæ hujus præfabimur.

[a] l. 1. ff. d. Orig. jur.

De Origine Actionum.

§. 5. Origo autem Actionum non alii Juri in acceptis ferri potest, quàm quod Ratio Naturalis docuit, & Gentium Usus firmavit; quod Magistratum & Judicia dedit Societati Civili, quod Patrimonia distinguere & acquirere, quæsita servare, amissa repetere docuit. Ad quid enim Magistratus & Judicia, nisi ut justitia, sine qua ne prædonum quidem societas (Teste M. Tullio) subsistere valet, administretur & suum cuique tribuatur? id verò fieri nequit, nisi adsint Actiones seu media commoda & legitima facultas persequendi in judicio quod sibi debetur. Ad quid Pacta, Testamenta consimiliaque mortalium negotia, si nulla sit Actio, quâ fructum eorum capere queamus. Ad quid Rerum Dominia, Possessiones, Servitutes, Pignora, si tollas Media quibus hæc vindicantur? Quâ ratione Personis illibatus erit status & à damnis & injuriis securitas, si nulla de statu, de damno & injuria Actio? Quæ cum ita sint, supervacaneum quidem videtur, hæc Juris Civilis suffragio [b] aliisque argumentis Ultramontanorum Interpretum firmare.

[b] l. 25. ff. Rer. amotar.

§. 6. Mirandum magis, quî Bartolus, Salicetus, Jason cæterique Citramontani cum aliis in re tam clarâ hærere & Actionum Essentiam & Formam L L. XII. Tabb. adeoque Juri Civili tribuere potuerint. Videamus quibus argumentis.

§. 7. Primò ajunt: Naturalis Obligatio quæ est Juris Gentium

non producit Actionem [a]; Ergo neque Actiones possunt esse Juris Gentium. Non jam respondebimus quæstionem esse de genere, objectionem verò de certa specie actionum, sed potius; etsi jure Quiritum ex Nudo Pacto, similive Naturali Obligatione Actio haud data sit, non tamen inde sequi, eandem Actionem cæteras quoque Gentes naturalem Rationem observantes negasse, nedum omnes Actiones illis sive ignoratas, sive inusitatas fuisse.

§. 8. Secundo objiciunt authoritatem juris nostri, quod Actiones ex L L. XII. Tabb. descendisse confirmat [b]. Sed & ad hæc exceptio facilis est. Neque enim Pomponius Actionum generaliter acceptarum Originem describit, nec eas Gentibus receptas fuisse negat, sed de compositione sentit, qua Romani Actionibus specialem, nec alienam à genio Populi & Reip. suæ formam induerunt, vimque specialem attribuerunt, & sic sibi hactenus proprias fecerunt; quemadmodum & Patriam Potestatem eo nomine sibi vindicârunt [c], quamvis & aliarum Gentium patribus jus in liberos fuisse manifestum sit: huc facit, quod alibi dicitur [d] *quanquam caveatur ex L L. XII. Tabb. tamen rectè dicitur jure Gentium, id est, jure naturali effici.* Non dubium est, quin Assyrii, Persæ, Medi, Græci, Parti, Ægyptii, Germani aliæque Gentes actionibus usæ fuerint, nec tamen eas à Romanis acceperint. Sed & absurdum fuerit, si ipsis Romanis ante jus decemvirale, ex quo Pomponius Actiones descendisse vult Actionum usum negaveris. His quidem adversantur nonnulli [e], obtendentes antea Manu Regia omnes controversias terminatas esse, teste Pomponio eodem loco. Sed his rectè responsum: neque Pomponii Jurisve Civilis eam esse authoritatem, quæ in quæstione partim ratione naturali, partim historicâ veritate decidendá, sit omni exceptione major: neque aliam posse esse sententiam Pomponii, quam quæ est Dionis [f], scilicet initio Civitatis jus litigantibus quidem dictum (adeoque & actionum usum) fuisse, sed non ea solennitate, non ex jure scripto, uti post L L. XII. Tabb. verum arbitrio Regum. Negari tamen haud potest, quasdam species à Romanis inventas, aliisque Gentibus parum cognitas fuisse; nec omnes Romanis usitatas, quæ apud alios in usu fuerunt. At Nobis impræsentiarum non de hâc illâve specie sermo est, sed de Actionibus in genere consideratis, quarum Originem & Substantiam si à Jure Civili demum arcessas, consequens

a l. 7. §. 4. ff. d. Pact. l. 16. §. 3. ff. d. Fidejuss.

b l. 2. §. 6. ff. d. Orig. Iur.

c §. 2. Inst. d. Patr. pot.

d § 41. Inst. d. R. D.

e Forster. in tr. ad Inst.

f lib. 2.

quens fuerit, nulli inter Gentes antea Actionem fuisse, quâ rem debitumve suum persequi potuerit. Quare Jacobus de Aretio suaviter irridens Citramontanos ait: *Se, si ea ætate vixisset, multam pecuniam mutuo accepturum fuisse, siquidem nulli actio ad repetendum competiisset* [a].

§. 9. Usus hujus disquisitionis ex eo intelligitur [b], quod deportati & qui iis hodie comparari solent proscripti [c], amissis quæ sunt juris Civilis, retineant quæ ad jus Gentium pertinent [d], adeoque & Actiones [e].

a *Barth. in l. 25. ff. Rer. amotar.*
b *Iason. inst. pr. hic n. 36. & alii.*
c *Gl. §. relegati inst. quib. mod. jus Pat. Pot. solv.*
d *l. quidam 17. §. fin. ff. d. pœn.*
e *l. si tibi mandavero 22. §. 5. ff. mandati.*

De Utilitate, Necessitate & Usu Act.

§. 1. Sed satis de Origine: Utilitatem intelligemus Actionum, si has cum jure, quod Ulpiani judicio utilissimum est, comparaverimus. Is Restitutionis in integrum Utilitatem facit maximi, quòd *sub isthoc titulo plurifariam Prætor hominibus vel lapsis vel circumscriptis subvenit, sive metu, sive calliditate, sive ætate, sive absentiâ inciderunt in captionem* [a]. Quanti ergo facienda Utilitas Actionum, quæ non Prætorium tantùm remedium, sed & Civilia; non Extraordinarium tantùm, sed & Ordinaria; non ex sex septemve causis tantùm competentia, sed & ex jure in Re & Obligatione, ex innumeris variisque causarum figuris atque adeò omni ætati, sexui, ordini, tempore suppeditat. Nullius Tituli Usus magis quotidianus aut frequentior, Nullius messis uberior.

a *l. 1. de Rest. in integr.*

§. 2. Certè quantum cæteri omnes Togatæ Genti attulerunt emolumenti, tantum ex hoc uno, (sine quo nihil in judicio rectè geritur) provenisse atque provenire, præter alia, ipsa quoque Ejusdem manifestum facit Necessitas. quam 1. Ratione. 2. Authoritate Legum. 3. Institutis & Exemplis tum Imperatorum, de quorum judicio dubitare Sacrilegium [b], tum ICtorum eorum, quorum Effatis LL. vim dedit Justinianus [c] & tandem. 4. ipsa Experientiâ & Usu quotidiano nunc demonstratam dabimus.

b *l. 3. d. crimin. Sacrileg.*
c *l. 1. 1. C. de Vet. Iur. Enucl.*

§. 3. Ratio autem heic considerari potest alia Communis, juxta quam ad finem omnino necessaria sunt media, sine quibus ille obtineri nequit; unde & Actiones, quæ mediæ sunt ad jura, aliasque

que res nostras adipiscenda, retinenda, recuperanda, tam Necessariæ sunt, quàm ipsa horum adeptio, retentio, recuperatio: Alia Specialis, quam intelligimus ex fine & Usu Actionum ad hoc institutarum, ut Judicia sint certiora, planiora, rectiora, omnisque confusionis expertia. Id quod contingere nequit, nisi cuique negotio sua certa constet Actio: Sic eleganter Paulus [a]: *Singulis controversiis singulas Actiones, unumque judicati finem sufficere, probabili ratione placuit; ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem.* Neque enim intelliget Actor, quid quaque ex causa, quove jure petendum; nec Reus, quid excipiendum; nec Judex, quid judicandum habeat, nisi ex instituta Actione hæc omnia liqueant. Res exemplo fiet clarior: Fac Titium fundum suum à Sempronio petere, si novit Actionem huic rei inservientem Rei Vindicationem, exponet Judici se dominum esse, Reum autem eundem possidere, adeoque petet, ut is condemnetur ad restitutionem rei. Reo Judicique indolem Judicii hujus tenenti obvia etiam planaque omnia, nec quid factu opus dubium, nec erroribus locus reliquus est. Fac autem Titium ignorare Genus Actionis quâ experiundum: quàm non ineptè aget? quàm non perperam concludet? Quoties non narranda tacebit, tacenda narrabit, denique incertis vagisque digressionibus litem inextricabilem reddet? Experientiá compertum est, in ejusmodi negotio ignarum Actionis Actorem dominii sui probandi curam nullam sæpe habere; possessionem, quam Rei esse cum evincere necesse habeat, sibi majoribusque asserere & adductis quamplurimis heterogeniis, nunc officium, nunc misericordiam Judicis implorare & obtestari; sed frustra, & digno istis ineptiis eventu. Quid enim adjudicet Judex, cui causa perperam exposita est? Quid auxilii speret Actor, cui neque petendi, neque probandi ratio constat aut modus? Quid in ea Confusione agat Reus, nisi ut litis damno improvidus litigator mulctetur?

[a] *l. 6. ff. d. Except. Rei jud.*

§. 4. Non fugiebat Romanos Juris Conditores, quàm fœda Judiciorum confusio, quantumque temporis, operæ, sumptuumque dispendium, magno Reip. Civiumque malo oritura essent, si populus sine certa Actione, prout vellet, ageret. Itaque cum ipso jure XII. Tabb. certas solemnesque Actiones composuêre, quas nomine Legis, seu Legitimarum Actionum Pontifices una cum

cætero

cætero jure in penetralibus suis asservabant & litigantibus decernebant [a]. His verò potestate isthâc abutentibus, ad Prætores post translata est Actionis dandæ Authoritas. Unde videmus, Prætorem etiam de Negotiis ex quibus Jure Civili agi potest, judicium se daturum Edicto promittere [b] & Actionem nunc polliceri [c], nunc denegare [d].

§. 5. Quemadmodum autem Romani, omnibus ferè Negotiis certas formulas & modos præscribebant, à quibus ne latum unguem recedere licebat, id quod in Manumissionibus, Emancipationibus, Nuptiis, Dotibus, Adoptionibus, Testamentis, Stipulationibus aliisque obtinuisse innumera juris loca evincunt; Sic quoque certas solemnesque habebant Actionum formulas à Magistratu impetrandas. Unde Cicero [e] ait: *Sunt jura, sunt formulæ de omnibus rebus constitutæ, ne quis aut in genere injuriæ, aut in ratione Actionis errare possit.*

[a] *l. 2. §. 6. ff. d. O. I. Cic. in Orat. pro Luc. Murana.*
[b] *l. 1. pr. ff. d. Neg. gest. l. 1. ff. Commodat. l. 1. ff. Depos.*
[c] *l. 1. §. 1. ff. d. Superficieb. l. ult. ff. d. acquir. her. l. 3. ff. d. Pecul. l. 1. ff. quod cum eo.*
[d] *l. 1. §. 3. ff. d. Aleator. l. 7. ff d. jurejur. l. 1. §. 10. ff. d. Ventr. inspic.*
[e] *pro Rosc. Com.*

§. 6. Quamvis enim Magistratus Romani primò alii judicandi formulam haud præscripserint, sed ipsimet lites cognoverint & judicaverint, exemplo Græcorum aliarumque Gentium, postea tamen, sive quod omnibus vacare nequiverunt negotiis, sive quod dignitati & authoritati suæ augendæ studuerunt, summatim tantum causas audiverunt, & si Actio danda videretur, Judicem dabant, præscriptâ formulâ, juxta quam ei judicandum & litigantibus agendum erat, quæ Formula nonnunquam ipsa Actio appellatur [f]. Unde Ciceroni [g] Actio de dolo, *Formula de dolo malo.* Plinio [h] Actio L. Aquiliæ, *Damni dati Formula*, & Quintiliano sæpius *Formulâ excidere* dicitur, qui Actionem amittit. Hæc verò formula accuratissimè servanda erat, adeò ut vel syllaba deerrans causâ caderet. Quare Cicero [i] ait: *Ita Jus Civile habemus constitutum, ut causa cadat is, qui non quemadmodum oportet egerit.* Atque ea causa videtur, quod actor plusculum petitione suâ complexus, sive re, sive loco, sive tempore, sive causâ, totâ causa olim eciderit [k].

[f] *l. 43. pr. ff. d. furt. Vlp. frag. tit. 29.*
[g] *2. d. fin. & 3. offic.*
[h] *lib. 9. Histor. 59.*
[i] *lib. 2. de inventione.*
[k] *§. 33. inst. h.*

§. 7. Ea verò ἀκρίβεια captiosa & subiniqua tandem videbatur, & qui leves sæpe errores magno errantium malo observabant ICti, in odium Populi incidére. Unde M. Tullius illos *Leguleios cautos & acutos, Præcones Actionum, Cantores Formularum, Syllabarum Aucupes* per invidiam appellat. Claudio quoque Syllabarum aucupium displicuisse legitur.

§. 8. Etsi

§. 8. Etsi itaque tum temporis nondum quidem expresse abrogatæ fuerint formulæ, & judicum, quibus hæ præscribebantur, dandorum mos obtinuerit, probabile tamen est, eâ ætate judicia Extraordinaria frequentari cepisse, & impetrationes formularum sæpe omissas fuisse, quod in Edicto Perpetuo obviæ essent.

§. 9. Anno autem Christi 294. Diocletianus & Maximianus dationem Pedaneorum judicum sustulerunt, & Præsides, quantum per occupationes ipsis licuit, judicare jusserunt [a]. Ex quo haud difficulter colligitur, quod in Digestis [b] dicitur *omnia judicia Extraordinaria facta esse*, non ICto Proculo, sed Triboniano interpolanti adscribendum esse.

§. 10. Et licet Formularum rigor tolerabilior fuerit, quàm Actionum confusio, agendi temeritas & nullus ordo, omnibus Actionibus conceptis in factum, nec certa lege conscriptis [c], de hoc tamen tandem quoque remissum est.

§. 11. Constantinus enim Anno 321. in Testamento Patris inter liberos solemnitatem remisit [d]. Anno 339 Kal. Febr. laxata Formulæ necessitate, quæcunque verba in omnis generis Testamentis admisit [e]. Idem eâdem die nominatim de Legatis & Fideicommissis sanxit [f]. Tandem Anno 342. omnes juris formulas aucupatione sillabarum insidiantes, cunctorum actibus radicitùs amputavit [g]. Quare Nazarius in eo, quem Constantino scripsit Panegyrico *Veterum* (inquit) *calumniosæ ambages recisæ captandi simplicitatis laqueos perdiderunt*.

§. 12. Jacobus Godofredus [h] Tribonianum heic ingentem fucum facere, legemque illam non Constantini, sed Theodosii Junioris esse vult, qui prolixâ Constitutione Anno 428. scrupulosas formulas & solemnitates Actionum [i], Nuptiarum [k], Dotium [l], Donationum [m], Restricta jura Naturalium liberorum [n], aliaque laxavit [o]. Sed quemadmodum Theodosio Secundo posteriores has Constitutiones in acceptis ferendas esse constat, ita nihil est, quod arguat dictam legem primam de formularum amputatione Constantini haud esse, id quod manifesta legis inscriptio & subscriptio probat, eoque credibilius videtur, quod jam ante Constantinum à Dioclet. & Maximiano antiqua judiciorum ratio mutata, & superstitiosa formularum observatio exosa fuerit, quodque Constantinus de Emendatione Reip. in sacris & profanis admodum sollicitus,

[a] *l. 2. C. d. Pedan. judic. ibique Cujac. in Parat. adde Gœdd. ad l. 34. d. V. S.*
[b] *l. 47. ff. d. Negot. gest.*
[c] *Cujac. par. Cod. de Impetr.*
[d] *l. ult. C. Fam. Erc. l. 15. C. eod.*
[e] *l. 15. C. d. Test.*
[f] *l. 21. C. d. Legat.*
[g] *d. l. 1. C. d. impetr. & formul. subl.*
[h] *ad d. l. 1. C. Th. de Impetr.*
[i] *l. 2. Cod. d. impetr. & for. Act. subl.*
[k] *l. ult. C. Th. d. Nupt.*
[l] *l. ult. C. Th. d. Dotib.*
[m] *l. ult. C. Th. d. Sponsal.*
[n] *l. ult. C. Th. d. Nat. fil.*
[o] *l. ult. C. Th. d. Legit. hereditat. l. 2. C. Inst. d. bon. qua lib. l. extraneum 11. C. d. hered. Inst.*

tus,

tus, sine dubio quoque rem judiciariam curæ habuerit. At inquis, si Constantinus radicitùs amputasset formulas, quæ necessitas Theodosio fuisset, insequenti seculo easdem demum resecandi? Nempe antiquissimus judiciorum stylus, aliisque in negotiis servatus mos, qui per secula aliquot altas egerat radices, generali illa Sanctione Constantini non ita prorsus tolli potuit, quin vestigia ejus multis in locis negotiisque manerent, eaque porrò abolendi occasiônem aut necessitatem posteriores Imperatores haberent.

§. 13. Qualiscunque tandem sit Author legis illius, certè Actionibus minimè derogat; Formulæ impetrandæ necessitatem remittit, actionis usum non tollit. Exceptionem, quâ Reus Actorem non impetratâ formulâ à judicio repellebat, antiquat Theodosius[a], Actiones ipsas non antiquat. Verbalem scrupulosamque agendi formam improbat utraque Constitutio, Actionis vim sartam tectam relinquit: Nam & post has Constitutiones non minorem quàm ante Actionum rationem curamque habuerunt Imperatores & ICti, quod mox videbimus, & ipse Theodosius in d. l. 2. comprobat, providè cavens, ne una cum formula Actio negligatur. Quare impetrandæ formulæ necessitatem eâ conditione remittit, *si Actionem alias aptam & proposito negotio competentem esse constiterit*. Quid ergo, si inepta, si negotio parum conveniens fuerit? Certè se ipsum inanibus sumptibus vexabit Actor.

a d. l. 2. vid.

§. 14. Enimvero antiqui novique juris confirmat Authoritas, sine convenienti Actione neminem judiciô experiri posse[b]. Si quis contra faxit, judicis est agentem repellere & in expensas condemnare, reservatâ ei, si quam habet, Actione convenienti[c]. Hinc fit, ut Impp. passim summam Actionum curam sibi esse ostendant. Quàm curiosè Justinianus non tantùm Actiones in Institutionibus generaliter tractat, sed & quàm sollicitè passim de singulis speciebus agit. Quàm operosè de differentiis inter Rei uxoriæ Actionem & Actionem ex Stipulatu de dotibus præstandis[d]. Quàm circumspectè Gordianus[e], Valerianus & Galienus[f] utilem non directam Actionem admittunt. Quàm exquisitâ ratione Diocletianus & Maximianus[g] aliam Actionem removent, in factum concedunt. Quot non Constitutiones vitis & terminis Actionum describendis datæ[h]; quàm curate cautum ut Actiones ab heredibus & contra heredes incipiant[i].

b l. 6. in fin. ff. d. Negot. Gest. l. singulis ff. d. Except. R. I. l. 1. ff. si mensor fals. mod. dix. l. 14. ff. d. Præscr. Verb.

c c. 13. de X. Iudiciis. Vant. de Nullitat. ex def. process. n. 18. & seqq.

d l. Vn. C. de Rei Vx. Act. §. 29. Inst. d. Act.

e l. 1. C. de Obligat. & Act.

f in l. 2. eod.

g l. 5. C. d. dol. mal.

h l. 1. l. 3. C. d. Annal. Except. l. 3. & 4. C. de Præscr. 30. vel 40. Annor.

i l. 1. C. ut Action. ab hered. & contr. her. incip.

§. 15. Mi-

§. 15. Minùs mirandum ergo est, quod Prisci ICti nihil in omni jure aut subtiliùs investigârint, aut diligentiùs observârint, quàm genus naturamque cujusque Actionis. Julianus [a] quàm acriter in genus Actionis intentus est. Idem [b] quàm sollicitè inquirit, an Actio injuriarum, an locati, an L. Aquiliæ locum in eo facto habere possit? Quàm cautè etiam Ulpianus de Electione Tributoriæ & de Peculio Actionis tractat [c]. Quàm subtiliter idem Actionem pro Socio & ex Vendito [d], Actionem mandati & depositi distinguit [e]. Quàm naviter Labeo [f] inquirit an mandati an depositi Actio competat. Aristo [g] ubi omnes legitimas Actiones studiosè examinavit, nullam sibi occurrere scribit, quâ ea quidem in causa, de qua agit, experiri possim. Papinianus [h] docet omnes Vulgares Actiones prius excutiendas, cumque in iis proprium nomen inveniri non potest, tum ad eas quæ in factum appellantur descendendum esse, quod & Celsus confirmat [i].

a l. 74. in fin. ff. d. judic.
b l. 5. in fin. ff. ad L. Aquil.
c l. 9. ff. d. Tribut. act.
d l. 69. ff. pro Soc.
e in l. 1. §. 14. ff. depos.
f l. 8. pr. ff. mand.
g l. 14. ff. d. præscr. verb.
h l. 1. ff. d. præscr. verb.
i l. 2. eod.

§. 16. Sanè quædam Negotia ita comparata sunt, ut primò quidem intuitu alia Actio competere videatur, alia verò competat subtili ratione investiganda, nisi causâ cadere velimus. Sic si mensor falsum modum dixerit, posset videri ex conducto adversus eum agendum, quod ipse operam locatam minus rectè præstiterit; sed operam ejus magis beneficii loco præberi & id, quod datur ei, ad remunerandum dari & honorarium appellari, adeoque si ex locato conducto fuerit actum non tenere intentionem, valere autem ad hoc Actionem in factum Prætoriam Author est Ulpianus [k]. Consimilia exempla passim occurrunt [l]. Quid? nonnunquam adeo perplexa res est, ut duæ Actiones competere videantur, nec quæ cui præferenda sit satis liqueat, quo casu Impp. & JCti utrique locum faciunt. Sic *Petitionem hereditatis* & Interdictum *Quod legatorum* dat Arrianus, sicque fieri solere ait, ut quoties incertum sit, quæ potius actio teneat, duæ dictentur [m]: Similiter Imperator Alexander [n] in dubio Actionem ex vendito una cum Actione præscr. verbis dat, quanquam hujus indoles non ferat ut detur, nisi omnibus ordinariis actionibus deficientibus [o].

k l. 1. si mens. fals. mod. dix.
l l. 1. §. si vestimenta. & seqq. ff. depos. in l. divortio 14. pr. ff. d. Negot. Gest.
m l. 1. §. 4. ff. Quod Legat.
n l. 2. C. d. pact. inter Empt. & Vend.
o l. 1. 2. 3. d. præscr. verb.

§. 17. Cæterùm rectè observat Labeo in dignoscendo genere Actionis initium cujusque contractûs spectandum esse [p].

p l. 8. pr. ff. mand.

§. 18. Ne quis verò hæc duntaxat Fori Romani, aut aliena à judiciis nostris putet esse, de usu judiciorum nostrorum heic quædam

dam videre operæ pretium fuerit. In Imperio Romano Germanico summam hodieque haberi rationem Actionum manifestò constat tum ex legibus, quæ in cognoscendis & judicandis Causis usu receptæ sunt, tum ex Relationibus & Decisionibus ipsis.

§. 19. Lex autem methodusque judicandi est, ut judex primò dispiciat, num quid vitii sit in forma judicii, an Forum judexque causæ competant, an litigantes jus agendi in judicio habeant, an modum servaverint &c. quæ cum rectè se habere intelliguntur, in justitiam causæ inquirendum est, eò ordine, ut primò accuratè examinetur, quæ Actio intentata, tum an hæc probata, inde an Exceptione elisa, denique quid secundum naturam & indolem Actionis illius judicandum: quas Regulas distinctè proponit Julianus Magenhorst [a]; Usus verò quàm curatissimè servat, uti liquet ex Votis Cameralibus Kleckii, Decisionibus Meischneri, Symphorematibus Gilmanni & aliis.

[a] Comment. ad Ord. Cam. p. 1. t. 13.

§. 20. Quare Supremi judicii, quod Spiræ exercetur, (ad cujus stylum reliqua sese conformare jubentur [b]) Assessor quondam celeberrimus Andreas Gailius [c] rectè ait: *Sic de singulis Actionibus, quarum requisita, si facto in judicium deducto, non conveniunt, Reus ab Actione intentatâ absolvi debet; quod à juvenibus Advocatis & Judicibus solicitè observandum, & in votis concipiendis, aut dictandis sententiis ante omnia examinandum, an Actiones intentatæ cum suis necessariis requisitis probatæ & legitimis Exceptionibus Rei elisæ non sint. Qui modus referendi & judicandi laudatissimus & in Camera Imperiali longô usu utiliter firmatus est. Servandi igitur sunt termini singularum Actionum, ne indiscretè & imperitè confundantur & sententiam nullitatis arguant.*

[b] Rec. Imper. Ratisbon. anno 1654.

[c] de Arrestis cap. 5. n. 11.

§. 21. In Belgio vicinisque locis etsi nulla necessitas sit Actionis nomen in libello exprimere (quod nec in Imperio necesse est) rem ipsam tamen & plerasque Actiones usitatas esse extra dubium est, & post Gudelinum, Christinæum, Autumnum, Imbertum aliosque testatur Groenweegen [d], Merula, Hugo Grotius cæterique, qui usum Fori Belgici illustrârunt, idque specialiùs liquet ex Wilhelmi Grotii Introductione ad Praxin Hollandiæ [e].

[d] de Legibus Abrogatis ad pr. Inst. d. Act.

[e] cap. 6.

§. 22. Neque facilè invenies Regnum aut Remp. in qua vel paulo exactior rei judiciariæ cura, vel παραδείγματα Romani Juris cernuntur, ubi non Actionum quoque ratio habetur, de quibus prolixè Arthurus Duck in eleganti libello de Authoritate & Usu Juris Romani.

 §. 23. Res

§. 23. Res eo redit, ut in omnibus Curiis litem nunc prosperum, nunc infelicem, prout dextre aut sinistrè actum fuerit, sortiri eventum experientia probet, & innumera Rerum judicatarum exempla confirment, quæ in Bartii, Seileri aliorumque sexcentis Decisionum & Præjudiciorum Voluminibus videre licet.

§. 24. Juvat autem, illustrando argumento nostro, Domesticum unum & alterum exemplum, quod mihi in Foro versanti contigit, hic referre. Cajus ante annos non ita multos prædium Emphyteuticum vendidit Mævio, habitâ fide de pretio, quam cum hic non servaret, Cajus author est Sempronio, ut idem prædium à Mævio emat, quo facto, Societatem calcis laterumque coquendorum (his enim idoneum erat prædium) cum eo initurum se, ex eoque non exiguum lucrum pollicetur. Sempronius emit prædium à Mævio, Cajo pretium solvit, cum eoque Societatem contrahit; sed haud multo post, Fisco, quòd à multis annis canon solutus non esset, prædium auferente, dicam scribit Cajo & pretium repetit, damnaque inde sibi data resarciri rogat, primò actione pro Socio, post Actione Empti, sed victus est utrôque judiciô. Pro Socio quidem actio, quæ datur contra Socium ad præstandum quod pactum vel natura contractus ejus vult [a], nulla ratione poterat locum habere, cum non ageretur contra Socium ut Socium, neque de iis quæ ad Societatem spectabant, sed de Evictione Rei Venditæ, adeoque de Contractu ante Societatem non cum Cajo, sed cum Mævio inito. Et quamvis Actio Empti ad præstandam Evictionem competat [b] attamen cum tantum contra Venditorem & ejus heredes detur [c], Cajus, qui non vendiderat Sempronio, sed tantum consilium rei à Mævio emendæ dederat, pretiumque sibi à Mævio debitum consequutus erat, frustra conveniebatur. Confugit tandem Sempronius ad Extraordinariam implorationem officii judicis; Sed & sic in cassum, neque enim constabat inter eum & Cajum negotium esse gestum. Ter itaque victus in supremo judicio, à quo provocandi jus non erat, cum in desperata causa consilium à me rogaret, consului ut misso Cajo, Mævium Venditorem suum persequeretur; Sed hanc Actionem inanem reddebat inopia debitoris [d]: Quando autem nec Mævius causam Evictioni dederat, adeoque contra Cajum hoc nomine experiri potuisset, consilium dedi Sempronio, ut hanc Actionem Mævii sibi cedi curaret. Cessâ hâc conventus ite-

a §. 2. Inst. d. Societ. l. 17. pr. l. 38. §. ult. ff. pro Soc.

b l. 6. C. d. Evict.

c l. 1. & t. t. ff. & C. d. Act. Empt.

d l. 6. ff. d. dol. mal.

iterum Cajus, Exceptione Rei ter Judicatæ Sempronium protinus repellere conatus eſt, jamque non ſecurus modo, ſed & Sempronio inſultare videbatur; at non ſine magno ſuo damno expertus eſt, Exceptionem Rei Judicatæ tantum locum habere, quando eadem quæſtio inter eaſdem perſonas revocatur, ut ait Ulpianus [a]; quantumque ſitum ſit in genere Actionis. Neque enim eadem quæſtio agitari videri poterat, cum Actio pro Socio & Empti directa ante mota eſſet, poſtea verò Actio Empti à Mævio ceſſa, adeoque Utilis [b] inſtitueretur, quâ tandem Cajus Victus, at Sempronius Victoriam conſecutus eſt.

a l. 3. ff. d. Except. Rei Iud.

b l. 16. ff. d. Pact. l. 7. l. 8. C. d. hered. vel Act. ceſſ.

§. 25. Titia etiam quædam Ciſtam veſtibus argentoque plenam duobus Aurigis commiſit N. devehendam. Hi eam dicto loco obſeratam quidem, ſed ablatis rebus pretioſioribus, arenâ repletam reſtituunt. Mulier ubi jacturam tantam fruſtrà aliquamdiu deploravit, & aurigarum fidem incaſſum obteſtata eſt, Patronum advocat, qui contra eos Condictionem furtivam intentat, ſed exitu infelici. Quare re in inferiori judicio malè geſtâ, provocatur ad ſuperius, meumque rogatur patrocinium. Acta luſtranti obvius fit error in genere Actionis, ſiquidem condictio furtiva, quâ nemo alius quàm qui fecit (furtum) aut heres ejus [c] tenetur, inſtituta erat, nec tamen probatum, nec ſpes probandi ulla videbatur, furtum ab ipſis aurigis admiſſum eſſe. Actionem itaque Locati inſtituo & quod legem conducti operis, hoc eſt, cuſtodiendæ & integræ reſtituendæ ciſtæ non ſervaſſent (à quocunque tandem furtum factum eſſet) reos tantum accuſo, obtineoque ut Rei ad reſtitutionem rerum Jurejurando æſtimatarum damnique dati condemnati fuerint.

c l. 5. ff. d. Cond. furt.

§. 26. Alius ex Conſilio Celſi Gajo magnam pecuniæ vim credidit: hoc facultatibus labente, contra illum judiciô experitur, inſtituta primo actione ex ſtipulatu, veluti contra fidejuſſorem; Reo excipiente ſtipulationem aut fidejuſſionem nullam interceſſiſſe, actor facile intellexit aliâ aggrediendum viâ eſſe: itaque ad Prætoriam Actionem de Conſtituta pecunia confugit, quæ tenet & ſi quis nudô etiam pactô ſe ſoluturum conſtituat [d]; quoniam autem Celſus ne pactus quidem erat ſe pro Gajo ſoluturum, neque hæc firma erat intentio. Diu multumque agitatâ controverſiâ, conſultus reſpondi, actori cautum fore, ſi actionem mandati contrariam

d §. 9. Inſt. d. Act. l. 1. ff. de conſt. pec.

a l. consilii ff. d. R. I. l. 2. §. fin. ff. mand.

instituerent, quæ quanquam ex nudo consilio non detur [a], locum tamen habet, cùm quis consulendo ita institerit & verbis specialibus persuadendi vim adhibuerit, ut alter faciat, quod sine his facturus haud fuisset, id quod satis disertè probat Justinianus [b] quando ait: *sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses, quàm si tibi mandatum esset:* Non displicuit consilium, quo etiam factum ut secundū actorem pronuntiatum sit.

b in fin. §. 4. Inst. mandat.

§. 27. Ex his Utilitas, Necessitas & Usus Actionum accuratius observandarum satis superque liquet, ut adeò mirandum sit, si cui contemptus & neglectus Earundem probari possit. Attamen Papa Alexander Tertius [c] *Provideatis* (inquit) *attentius, ne ita subtiliter, sicut à multis fieri solet, cujusmodi Actio intentetur, inquiratis, sed simpliciter & jure factum ipsum & rei veritatem secundum formam Canonum & Sanctorū Patrū instituta investigare curetis.* Abbas Cujacius [d], & DD. communis Schola putant necessitatem exprimendi genus & nomen Actionis, quæ olim Actori incumbebat [e] hic tantum remissam esse: Sed hæc neque verbis neque sententiæ Pontificis satis convenire videntur. Nulla enim hic mentio Libelli, neque ad Actricem Ecclesiam Giseberg. hoc rescripsit Pontifex, sed ad Judices à se delegatos, ad Episcopum Exoniensem & Capitulum Londonense: neque loquitur de nomine aut genere, sed actione ipsa; neque de ejus expressione, sed investigatione. Denique cognitionem secundùm sanctorum Patrum Instituta & Canonum formam fieri vult: Ubi verò in his quicquam de nomine aut genere Actionis? Observo Pontificem ad Judices certæ causæ datos heic loqui, adeoque verba ejus extra terminos illius negotii extendi minimè oportere. Itaque ut evidens fiat verus hujus capitis sensus, de facto & quæ in eo lateant rationes, ob quas Pontifex Actionem investigari vetat, videndum. Id verò hoc in capitulo omissum, expressum tamen alio loco [f] videmus, scilicet: *Archiepiscopus Eboracensis Priorem Ecclesiæ Geisebergiensis post appellationem suspendit, suas Ecclesias interdixit & Canonicos, si eidem tanquàm Priori obedirent, excommunicatos denunciavit.* Heic investigatio Actionis rectè superflua judicata & prohibita est, cum Canonum forma non permittat appellatione interpositâ quicquam novi fieri [g], nec Patres Concilii Lateranensis Archiepiscopo remotionem vel interdictionē talem concedant [h], itaque hic non alia cognitio necessaria fuit, quàm an Archi-Episcopus

c in C. 6. X. d. Iudiciis.

d in explic. d. Cap.

e l. 3. C. d. Edend. l. ult. C. d. Interd.

f cap. 1. X. de Appellat.

g c. 61. & 63. X. de Appellat.

h c. 2. X. de Concess. prab.

pus contra hæc fecisset, quô cognitô, factum hoc ceu injustum attentatum in irritum protinùs revocandum fuit. Cæterùm in aliis negotiis subtilis investigatio Actionis eidem huic Papæ non displicuit, ipseque Actionem intentatam aliquando studiosè investigat, investigatam rejicit, & alteri intentandæ locum servat [a]. Jus Canonicum quoque passim accuratam Actionis rationem habet [b]. Et rectè observat Glossa [c] hodieque expedire nonnunquam Actionis nomen aut speciem exprimi, nempe cum ex una causa plures Actiones competunt [d], ne quod de una judicatum est & alteri obstet.

a *C. examinata X. de Iudiciis.*
b *c. 1. X. d. mut. pet. c. 11. q. 2. C. octava & 11. q. 1. C. experientiæ.*
c *in d. c. 6.*

d *l. in duobus 28. §. Colonus 6. ff. d. jurejur. l. habebat ff. de Instit. Act. l. 1. & l. si Colonus ff. Arbor. furt. Cæs. l. cum filius §. variis ff. d. Leg. 2.*

§. 28. Inter Constitutiones Imperatorum, quas collegit Goldastus, extat etiam, quæ à Frederico III. Anno 1441. lata dicitur, quæ cum alia multa, tum receptum agendi judicandique modum una cum jurisperitis imperiô, aut certe officiis Judicialibus excludi, & quemque quâ est ratione naturali desiderium suum judici exponere vult. Quod si sic esset, exigua cèrtè aut nulla haberetur Actionum ratio; verùm eam qualemcunque formulam Constitutionis nunquàm à Friderico, nec alio Imperatore legis nomen accepisse, nec promulgatam aut receptam, sed & in multis absurdam esse, res ipsa loquitur & à Nobis alibi demonstratum est. Quod si Juris-Consultorum Opera & Ars à Judiciis arcenda, quod quilibet suôpte ingeniô causam dicere poterit, ut vult Author illius formulæ, ne sutoribus, sartoribus, fabris, textoribus aliisque opificibus locus erit reliquus in Republ. siquidem naturâ tantum quisque novit, ut corpori qualecunque tegumentum consuere aliisque necessitatibus occurrere valeat. Ast uti quemlibet Artificem suæ artis opus aptiùs, citiùs, meliùs efficere omnes agnoscunt, ita certum est, neminem in tractandis dijudicandisque controversiis Judicialibus eâ dexteritate & felicitate uti posse, quâ valent hujus artis periti, qui cum communi illa & naturali Jurisperitia præcepta artis conjunxerunt & exercitatione perpoliverunt: qui negotia quæque exactè distinguere, distinctorumque circumstantias & momenta & quid quodque eorum ad justitiam cujusque partis causæ conferat trutinare, indeque quæ Actio teneat, quæ non teneat ex veri Juris præceptis potiùs, quàm imaginariá æquitate discernere noverunt.

a Epist. 111.

b Alvar. Gomez. de Reb. gest. Ximeni lib. 1.

§. 28. Quid vero rei est, quod Æneas Sylvius [a] Vir iis dotibus, quæ Pontificis Maximi honoribus dignæ judicatæ sunt, ornatus, hanc Disciplinam talem dixerit, cujus Asini possint esse Præceptores, quodque Franciscus Ximenius [b] affirmare non erubuerit, se, quicquid ejus pectore concepisset, libenter evomiturum, si fieri posset. Nimirum sentit uterque de ea arte Juris, quâ Rabulæ forenses tum ignorantiâ, tum fraude abutentes, Judiciorum Sanctitatem turpiter contaminant & pervertunt; non quam Romani à Græcis auspicato acceptam magnô Reip. suæ emolumentô fœliciùs excoluerunt, quamque laborantem Justinianus reparavit, intermortuam Lotharius in Occidente resuscitavit, cuique usus Fori nostri tanto lubentiùs locum dedit, quanto eâ meliorem nitidioremque Judiciorum Ordinem fieri, litesque commodiùs justiusque terminari observatum est. Ubi hæc regnat, officium Judicis, Rei & Actoris legitimis Actionum cancellis coërcetur, ut neque hic agendo, neque iste excipiendo, neque ille judicando modum finemque Juris, quos ipsa cuique negotio præscripta Actio exactè indigitat, excedere, adeoque nec Justitia causæ forensium vulturum iniquitati obnoxia esse possit. Quare non injuria Veteribus visum fuit, qui tantum in jure profecisset ut Actiones intelligeret, eum totam ferè æqui bonique artem callere, seriamque hisce percipiendis operam navandam esse.

DISP:

Caput I.

De Explicatione Nominis.

1. *Actio unde dicatur.* 2. *Quot modis.* 3. *Quæ ejus Synonyma?*

Quando verborum prior, rerum autem potior meritò habetur ratio, ne quæ ex voce *Actionis* oriatur difficultas, Etymologiam, Homonymiam & Synonymiam videbimus, antequam rei tractatum aggrediamur.

1. *Actionem* ab agendo dici constat. De ratione autem denominationis non idem omnes sentiunt. Theophilus Actionem deducit παρὰ τὸ ἄγειν τοὺς ἀγνώμονας ἐπὶ τὸ δικαστήριον h. e. *agere improbos ad judicium:* quam notationem etsi multi magnique alii Interpretum probent [a], & vetus violentusque in jus vocandi mos quodam modo juvare videatur, magis tamen consentaneum est, Actionem ab agendo dici, ita ut agere sit tractare de re aliqua & contendere ut quid præstetur vel fiat [b]. Neque enim jurisconditoribus Reus agi, sed cum reo agi, neque homo apprehensus, aut obtorto collo raptus ad judicium *agi*, sed *duci* dicitur [c]; tum & violentæ illæ vocationes in jus ne quidem olim adeo frequentes fuere, ut Actio nomen inde accipere potuerit. Quid si reus volens in judicium venisset, an eo minus Actio fuisset?

2. Quod ad Homonymiam attinet, *Agendi* verbum generalissimum est, quod tetrasticho hoc à Martiali eleganter expressum est:

Semper agis causas, & res agis Attale semper;
Est, non est quod agas, Attale semper agis.
Si res & causæ desint, agis Attale mulas,
Attale, ne quod agas desit, agas animam.

Hæc verò significatio insolita est & rarior in jure: sic enim & obligationes & testamenta & delicta actiones dici poterunt; Justiniano tamen *actio* pro *actu* generaliter dicitur [d]: plerumque verò actio seu jus seu juris remedium significat, eaque significatio nunc latior, nunc stricta, nunc strictior, nunc strictissima est.

Latius accepta Actio denotat qualecunque remedium, quo in judicio utimur, ita ut etiam accusationem criminis complectatur [e]. Sed & Exceptio, licet propriè non contineatur voce Actionis [f], tamen quandoq; hoc nomine venit. Unde Ulpiano [g] *agere videtur is, qui*

a *Petr. Gregor. Tholoss. 21. syntag. 8. n. 2. Anton. 20. Conject. 9. Ioh. de Plat. pr. Inst. h. Borch. d. Act. c. 1. n. 1. Duaren. ad. tit. d. Obl. & Act. c. 7.*
b *Cic. in Lal. & 5. ad Att. Don. lib. 19. c. 1. Harpr. Kremberg. Bach. h. Giph. ad l. 28. d. O. & A. Hillig. ad Don. lib. 19. c. 1. lit. B.*
c *l. 2. in fin. ff. si ex noxal. caus. agatur. l. 3. ff. d. Liber. exhib. Terent. in Eunuch. act. 4. Scen. 6. Cic. 2. de Oratore.*
d *Auth. hoc jus porrectum. C. de SS. Eccles.*
e *l. 1. C. quand. Civil. act. Crimin. præjud. l. ult. ff. d. privat. del. l. 1. ff. d. Crim. Stell.*
f *l. 8. ff. d. V. S.*
g *l. 1. ff. d. Except.*

C *exceptione*

exceptione utitur, & reus in exceptione actor esse. Strictè accipitur Actio pro *judicio Civili*; sive id sit ordinarium, sive extraordinarium, quod hodie in foro Nobili officio judicis expediri dicunt. Atque sic hâc voce continentur etiam interdicta, præjudicia & Stipulationes Prætoriæ, quæ Actionis instar obtinent [a]. *Strictim* accepta Actio denotat eam, quæ est in rem & in personam [b]. Atque sic opponitur implorationi officii judicis [c]. *Strictissimè* autem accipitur pro Actione in personam, quæ petitioni sive actioni in rem opponitur [d]. Quocunque autem accepta, hoc modo Actio denotat tum jus petendi [e], tum petitionem & remedium, quo jus illud persequimur [f].

3. Synonymiam vocis quod attinet, varia occurrunt nomina Actioni æquipollentia. Græcis δίκη, inde Latinis dica dicitur: Sic Cicero [g] ait: Scribitur Heracho dica. & Terentius: dicam tibi scribam grandem. alias dicitur Judicium [h], Persecutio [i], Formula, [k] Lis [l], Intentio [m], Petitio [n], Conventio [o], Causa [p], Controversia [q], alias aliter, quæ tamen voces pleræque minus propriæ sunt.

a l. 37. ff. d. O. & A. l. 34. l. 178. ff. d. V. S.
b l. 25. ff d. O. & A. § 1. Inst. h. t.
c l. 35. §. 2. l. 39. ff. d. Proc.
d d. l. 178. d. V. S. l. 18. ff. de O. & A. §. 1. & 15. Inst. h. §. 2. Inst. quib. mod. toll. Oblig.
e pr. Inst. h. l. 51. ff. eod.
f l. 12. ff. d. Reb. dub. l. 1. ff. d. Except. Bach. tr. d. Act. Disp. 1. th. 8. g *3. in Verr.* h *l. 1. & passim ff. fam. ercisc.* i *pr. Inst. d. Except.* k *l. 43. ff. d. furt. Vlp. tit. 25. vid. Disp. 1. §. 6.* l *Litis 36. de V. S.* m *l. 1. ff. si mens. fals. mod. dix.* n *t. t. C. d. plus petit. t. t. X. d. Mut. pet.* o *l. 45. ff. d. R. V l. 7. §. 1. & 5. C. de Præscr. 30. annor.* p *l. 1. ff. d. R. I.* q *l. 2. C. d. al. pup. præst.*

CAP. II.

De Definitione Actionum.

1. *Definitur actio.* 2. *Explicantur verba* Nihil aliud. 3. Jus *heic significat legitimam potestatem. Dissentientium argumenta solvuntur.* 4. Persequi *quid heic denotet? Actio ut differat ab exceptione; nec non à bonorum possessione. Vox* persecutionis *ambigua.* 5. *Explicantur verba* in judicio. *Varia lectio. Homonymia in verbo Judicium. Cur aliter Celsus aliter Tribonianus hic locutus?* 6. *Differentia antiqua inter jus & Judicium. Judicem & Magistratum.* 7. *αὐτοδικία prohibita. Ratio prohibitionis. An pacto privatorum possit quis consequi ut propria authoritate ingrediatur possessionem? Removentur dubia.* 8. *Lex septima C. Vnde Vi similiaque jura an hodie moribus antiquata?* 9. *Casus excepti quibus αὐτοδικία permissa.* 10. *Actio loco modoque convenienti instituenda.*

Explicationem nominis rectè excipit rei finitio. Actio autem Justiniano definiente [a] *nihil aliud est quam jus persequendi in judicio quod sibi debetur.* Neque aliter fere Celsus [b] *nihil aliud est Actio* (ait.) *quam jus, quod sibi debeatur, judicio persequendi.* Verba hæc pauca quidem

a pr. Inst. d. Act.
b l. 51. de O. & A.

quidem & concisa, sed tamen haud sine multa difficultate sunt. Quare pretium operæ fuerit de singulis curatiùs videre.

2. Quorsum ergo spectant illa *nihil aliud*? Glossa [a] eamque secuti Petrus Plateanus, Druceus, Corasius, Gomezius, Harprechtus [b] & alii emphasin hisce inesse, sicque significari volunt; etsi olim Actio solennis quædam fuerit verborum conceptio, primum à Pontificum Collegio, deinde à Prætore impetranda [c], hodie tamen sublatis formulis illis satis esse, si Actio apta rei & proposito negotio proponatur. At verendum, ne hæc emphasis verbis illis ingeniosius quàm verè attribuatur. Neque enim jure antiquo idem fuit *Actio* quod **Formula**, quod ex sequentibus liquebit; neque tempore Celsi, ex cujus libris pandectarum sumsit Tribonianus hanc definitionem formulæ penitus sublatæ fuere, cum ille Adriani ævo, circa annum 119. floruerit, hæ formulæ autem primum generaliter Anno 342. & Actionum formulæ nominatim Anno 428. antiquatæ sint. Rectius alii ergo τὸ *nihil aliud* & sæpius alibi [d] & hoc loco solius ornatus causa dictum observant [e].

3. Dicitur autem Actio *Ius*, quo nomine genus Actionum indigitari certum est. Quale autem jus hoc sit, haud adeò expeditum est. Propior vero sententia est eorum, qui putant hac voce heic significari *facultatem legitimam*: sic enim veteres juris Authores verbum hoc interpretantur; Cajus jus hoc seu Actionem negaturus, *non videbatur agendi facultas competere* inquit [f]: idem dicturus Julianus ait [g]: *conveniendi eos judicio facultatem non habuit, qui nullam actionem intendere potuit*: & Paulus *actorem* dicit *in potestate habere quando utatur suo jure* [h]. Quidni ergo qui actionem habet habeat legitimam facultatem? Neque aliter hæc vox in definitione itineris, actus, aliarumque Servitutum accipitur [i]; neque hanc interpretationem authoritas deficit Donelli, Hottomanni, Bacchovii, Arumæi pluriumque aliorum longa serie Harprechto allegatorum. Minimè itaque probanda audacia Claudii Bartrandi, qui sine justa causa atque probatorum codicum authoritate contextui violentas inferens manus pro *jus*, legit *vis* [k]. Neque cum Accursio, Vaconio iisve facere possumus, qui *jus* hic interpretantur *Sanctionem Legislatoris*, quâ quidem ratione Actio nobis idem esset quod lex; neque ex privatorum contractu, delicto, dominio aliisve causarum figuris nasci videri posset, quod absurdius est, quam ut prolixè confutari

a ad d. pr. inst. h
b vid. Harp. ad d. pr.
c l. 2. §. 6. ff. d. Orig. jur.
d l. nihil est aliud 24 ff. d. V. S. l. hereditas 62. d. R. I.
e Rittershus. ad d. pr. h.
f l. 1. ff. d. eo quod cert. loc.
g l. 6. §. ult. ff. d. Neg. gest.
h l. 5 §. fin ff. d. Dol. mal. except.
i t. t. Inst. d. Serv. Urb. & Rust.
k tr. legitima in praef. n. 8.

tari debeat. Neque laudabilis videtur Azonis [a], Charondæ [b], Hilligeri [c], eorumque ſententia, qui Actionem nec *vim*, nec *facultatem*, nec *formulam* eſſe concedunt, ſed ab omnibus aliis divortium facientes, nec melius quicquam adferentes, eo delabuntur, ut τὸ *jus*, commodo alio vocabulo exprimi poſſe negent. Equidem non diffiteor, vix poſſe hoc verbum aliis verbis tam commodè explicari, ut emunctioris naſi homines nihil ſubodorentur, quod offendat. Melius tamen docueris & genus Actionis explicueris, ſi facultatem dicas legitimam, quàm ſi Actionem dicas eſſe jus, quod quale ſit ignores. Cujacius, Weſembecius, Frantzkius & majori conatu Vultejus [d] *jus* heic nihil aliud quàm *Formulam* eſſe contendunt; ſed & hi parum feliciter, & admodum invitâ Themide. Tota quippe indoles Actionum illis adverſari videtur: Formula enim quid eſt niſi conceptio verborum à Prætore facta? At Actio eſt jus perſequendi in judicio quod ſibi debetur antequam ad prætorem veniatur. Hæc dicitur naſci, cedi, mandari, vivere, exſtingui, quæ omnia de formula prædicari nequeunt. Et ſi formula actio eſſet, verendum ne nullam actionem habeamus ſuperſtitem, poſtquam formulæ cunctorum actibus jam ante plura ſecula à Conſtantino radicitùs amputatæ ſint [e]. Quid? ne loquendi quidem ratio ſententiæ iſti locum relinquit: *formulam* enim *actionis* dici videmus *formulam actionem* non item. Quid ergo eſt, quod viros tantos movet ut ita ſentiant? Primo putant actionem eſſe objectum facultatis, non facultatem ipſam. Sed illa quidem petitio videtur principii, neque enim magis concedimus Actionem heic definitam intelligi de objecto facultatis, quàm eſſe formulam. Secundo dicunt facultas perſequendi eſt ubi non eſt jus perſequendi, veluti in procuratore, qui quidem agit, jus ipſum autem agendi non habet ſed mandatu domini agit. At & ad hoc exceptio facilis; nimirum quod quis per alium facit ipſe facere videtur; & qui alterius opera utitur in perſecutione ejus quod ſibi debetur, non tamen agendi facultatem abdicat. Nec obſtat quod Procurator litis conteſtatione ejus fiat dominus [f], cum aliud ſit dominium illud litis, aliud legitima facultas perſequendi id, quod ſuum eſt, illud quidem ex certo tempore & ad certum tempus ita dicitur procuratori competere, hoc verò ſemper actoris eſt. Illud minus eſt, & arbitrio actoris obnoxium; hoc majus, eique competit, qui procuratori

a *in Summ. tit. C. d. Edend.*
b *3. veriſimil. 2.*
c *ad Donel. lib. 19. c. 1.*
d *ad pr. Inſt. h.*
e *l. 1. C. d. impetr. & form. ſubl.*
f *L. 4. §. fin. ff. de Appell.*

curatori sive huic, sive alii persecutionem mandat, & mandatam quandoque revocat.

Porro arguunt: Actio sæpe competit ei, cui non competit legitima facultas agendi, veluti pupillo & tutori finitâ demum tutelâ agentibus [a], etsi jus agendi ante natum sit. Idem contingit in diem stipulanti [b]. Quin & omni actori cujus facultatem persequendi feriæ aut consimiles causæ ad tempus cessare jubent. Sed neque hoc ad rem. Etsi enim exercitium juris extrinsecus impediatur, jus ipsum tamen non cessat. Sic jus testandi [c], accusandi [d], supplicandi, [e] appellandi [f] dicitur facultas, etsi quandoque vel ob absentiam testium aut consimile impedimentum exerceri non possit. Provocant tandem etiam dissentientes ad veterem formulam dandi ritum, nec non ad definitionem & divisionem à Iustiniano [g] propositam. Sed non adeò lincei sumus ut quicquam in hisce videre valeamus, quod actionem formulam actionis faciat. Formulam quidem sæpe dici accipique pro Actione supra annotavimus, sed impropriè & quantum non distant hæc *dici* & *esse*?

a l. 1. l. 4. 9. 18 ff. de tutel. & rat. distr. §. 6. Inst. d. Suspect. tut.
b l. 8. l. 138. d. V. O.
c l. 19. C. d. Testam.
d l. 17. C. qui accusare.
e l. 18. C. d. pæn.
f l. 5. C. d. temp. & rep.
g §. 1. & 2. Inst. d. Act.

4. Porro ut intelligatur, qualis heic designetur facultas sive jus, additur *τὸ persequendi*, quæ vox nonnullis à venatione translata videtur ferarum, quas fugientes uti persequi dicimur [h] ita & Rei Græcis φεύγοντες & Imperatoribus nostris fugientes sæpe dicuntur [i]. quos persequi videmur, ut capiamus tandem quod nobis debetur. *τὸ per* hic significationem auget; neque enim Actores utcunque tantùm insequuntur, sed insequi solent donec assequantur. Atque hinc non malè colligitur Actionem differre ab Exceptione, siquidem reus excipiens non persequitur excipiendo, sed excipit ut expeditiùs persecutionem actoris effugiat. Exceptionem tamen in nonnullis aliis actionem imitari supra observatum nobis est. Quando autem & bonorum possessio dicitur *jus persequendi* [k], quærit Hotomannus quomodo hoc nostrum jus persequendi à bonorum possessione differat: Respondet quod bonorum possessio habeat etiam jura passiva, sive quod bonorum possessor etiam æs alienum ejus, cujus bonorum possessionem nactus est, solvere teneatur, hoc jus persequendi autem sit activum, tantum tendens ad hoc, quod Actori debetur. Ridet hæc Bacchovius [l] ut parum subtilia; differentiæ tamen ratio hæc minimè falsa est, licet & alia possit addi: scilicet quod bonorum possessio accuratiùs dicta, nihil aliud sit

h §. 13. Inst. d. rer. div.
i l. 13. §. 2. C. d. Iudic. l. 5. C. d. Rec. arbit. l. 2. pr. & § 4. C. d. jurejur. propt. Calumn.
k l. 3. ff. d. bon. possess.
l tr. d. Action. disp. 1. thes.

quàm hereditas prætoria [a], adeoque universitas bonorum, quam qui habet etiam actiones habet ad persequendum ea, quæ ad universitatem illam pertinent: unde consequitur bonorum possessionem si propria vocis significatione utamur neque jus persequendi esse, neque cum actionibus affinitatem habere. Dicitur autem Actio *jus persequendi* non persecutio, cum non omnis agat, cui est actio, nec legitima facultas persequendi protinus deficiat, ubi persecutio deficit. Persecutionis autem vocabulum hic generaliter omnibus actionibus tribuitur, cum aliàs de extraordinariis tantum actionibus, quę jure veteri prętoriæ tantum cognitionis erant, accipiatur [b].

5. Sequuntur verba definitionis *in judicio*. Sic Justinianus [c], quem sequitur Theophilus qui ait: ἐν δικαστηρίῳ. Eadem verba Ecloga retinet. Celsus autem omisso *in* dicit *jus persequendi judicio* [d]. Utriusque contextûs sensum ut melius percipiamus, Homonymia vocis *Judicium* ante omnia explananda erit. Cæteris autem plurimis significationibus ejus, ad rem præsentem haud facientibus omissis, heic notabimus, judicium aliquando accipi pro loco ubi judex causam cognoscit [e]: Atque sic in judicio fieri dicuntur, quæ coram judice pedaneo fiebant, in jure quæ coram Prætore aliove Magistratu: Deinde pro omni loco ubi sive Magistratus jus dicit, sive judex judicat, quo sensu Justinianus procul dubio dicit *Actionem esse jus persequendi in judicio* [f]: Denique pro legitima causæ disceptatione, quæ fit inter actorem & reum coram judice [g]. Et huc procul dubio Celsus respexit, quando dixit actio est jus persequendi *judicio* non verò *in judicio*. Si enim posterius dixisset eas tantum actiones definiturus fuisset, de quibus Pedanei Judices cognoscebant, non de quibus Magistratus. Nam tempore Celsi formularum & pedaneorum judicum dationes adhuc in usu fuisse ex antedictis constat. Tribonianus autem suâ ætate formulas antiquatas & omnia judicia extraordinaria facta videns, parum referre putavit an diceret *judicio* an *in judicio*.

6. Quando autem mentio facta veteris discriminis inter judicem & Magistratum, inter ea quæ in jure & in judicio fiebant, non abs re fuerit, id paucis explicare; cum hujus ignorantia gravibus erroribus sæpe causam dederit. Judices pedanei [h], sive à pedariâ sellâ, neque enim pro tribunali sederunt, sive quod pedites in judicium venirent, sive quod pedibus in sententiam Magistratus formulam

a *pr. & § 2. Inst. d. bon. poss. t. t. ff eod.*

b *§. 2. Inst. quib. mod. toll. Oblig. vid. supradicta de homonym. Actionum, & quæ mox dicentur inexplic.* Vocis in judicio.

c *d. pr. Inst. de Act.*

d *d. l. 51. ff. d. Obl. & Act.*

e *l. 2. & passim. ff. si quis caut. in jud.*

f *d. pr. Inst. h. t.*

g *t. t. ff. & C. de Iudic.*

h *t. t. C. d. Pedan. jud.*

mulam præscribentis descendere viderentur, dicti sunt. Atque his nulla erat Jurisdictio, sed nuda tantum notio causæ, cui dati essent, unde etiam nonnunquam appellantur judices *dati* [a], *Speciales* [b] *Delegati* [c], *arbitri* [d], atque opponuntur Magistratui [e], quanquam & ipsi Magistratus nonnunquam judices vocentur [f]. In jure autem & apud Magistratum peragebantur, quæ spectabant ad præparandum judicium, scilicet in jus vocatio, cautio, dilatio, ratio feriarum, postulatio, editio actionis, datio vel denegatio formulæ, litis contestatio & citatio ad judicem pedaneum. In judicio verò vel apud judicem nihil fiebat, nisi expositio facti, & Sententia si reus fateretur, si negaret, probatio, disceptatio, conclusio sententiam præcedebant [g]. Causæ in his judiciis fermè tantum agebantur minores, & quidem cognitionaliter, hoc est actis non accuratè confectis, sed celeriter per adnotationem; sententiâ tamen ex breviculo recitatâ. Magistratus ipsi cognoscebant de causis, quas vel favor vel momentum rei aut alia ratio commendabat; veluti de salariis Advocatorum, Professorum, Medicorum [h], de fideicommissis [i], de liberis in potestatem vindicandis [k], de Restitutione in integrum ex Edicto de minoribus [l], de causa status [m], quod tamen multis haud probatur, quos nec legum prorsus deficit authoritas [n], ex quibus tamen non regulam huic nostræ contrariam, sed exceptionem tantum colligere licet, scilicet causam status à pedaneis judicibus judicatam, ubi connexa fuit alteri causæ, cujus pedanei cognitionem habebant. Sed & de furto, rapina & aliis extra ordinem cognoscebant Magistratus [o], donec Diocletianus & Maximianus omnes Magistratus omnes causas cognoscere, si modo per otium & graviora alia negotia liceat, jusserunt [p].

7. Sive autem Ordinaria sive Extraordinaria sint judicia, certè authoritate Magistratûs persequendum est, quod Tibi debetur. Hoc enim & Justiniani & Celsi indigitant verba, atque ipsa salus ratioque exigit Reip. quæ inconcusso haud stabit talo, ubi αὐτοδικία grassatur, ubi alter alteri aufert quantum ejus fert opinio aut cupiditas flagitat auferentis. Quas non hæc res dabit turbas? Quas non ciebit tempestates, si non jure manu consertum veniant mortales, sed mage ferro. *non est ergo singulis concedendum, quod per Magistratum publicè posit fieri, ne occasio sit majoris tumultûs faciendi*, ut bene ait Paulus [q]. Quo etiam spectat illud Honorii

a *l. 2. §. 2. ff. de judic. l. 15. pr. ff. de re jud. l. 1. pr. ff. quis à quo appell.*
b *l. ult. ff. de Offic. Prat. l. 5. ff. de Offic. Praes.*
c *l. 15. & 13. §. 1. C. d. judic.*
d *passim in tit. ff. & C. fam. ercisc. Com. Divid.*
e *l. 2. ff. de Reg. Iur.*
f *l. 1. C. d. jurisd. omn. jud.*
g *vid. Hahn. obs. ad VVes. tit. d. in jus voc.*
h *l. 1. ff. d. Extraord. Cognit.*
i *l. 178. d. V. S.*
k *l. 1. d. R. V.*
l *l. 13. §. 1. l. 14. §. ult. ff. de minor.*
m *l. 5. & t. t. C. ubi caus. status. l. 32. §. 1. ff. de Arbitr. l. 36. §. ult. ff. de fideic. libert.*
n *l. 1. C. d. Ordin. judic. l. 1. C. de Off. Prat. l. 8. §. 1. l. 9. pr. ff. de liberal. caus.*
o *l. ult. ff. d. Privat. del. l. ult. ff. d. furt. t. t. d. Extraord. Cognit.*
p *l. 2. C. d. Ped. jud.*
q *l. 176. ff. D. R. I.*

norii & Theodosii [a]: *idcirco judiciorum vigor jurisque publici tutela videtur in medio constituta, ne quisquam sibi ipsi permittere valeat ultionem.* & illud Juliani: *cur prætor ad arma & rixas patiatur pervenire, quos potest sua jurisdictione componere?* Hinc nemo sibi jus dicere potest [b], nec cuiquam licet ædificium vi aut clam adversus se factum demoliri [c], nec ingredi possessionem rei suæ authoritate propriâ [d], nec emtor non vitiosè possidet si fundum emtum propriâ authoritate ingrediatur [e], nec permissum rem quamcunque sine judice occupare [f]. Si quis contra fecerit, pœnæ haud levi obnoxius est, de quibus ita Callistratus [g]: *Creditores si adversus debitores suos agant, per judicem id, quod deberi sibi putant reposcere debent; alioquin si in rem debitoris sui intraverint, id nullo concedente, divus Marcus decrevit, jus crediti eos non habere. Verba decreti hæc sunt: Optimum est, ut si quas putes te habere petitiones, actionibus experiaris. interim ille in possessione debet morari. tu petitor es. & cum Marcianus diceret, vim nullam feci: Cæsar dixit, tu vim putas esse solùm, si homines vulnerentur? vis est & tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat non per judicem reposcit. non puto autem nec verecundiæ, nec dignitati tuæ convenire, quicquam non jure facere. Quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo judice temerè possidere, eumque sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit.* Et Modestinus ait [h]: *Si creditor sine authoritate judicis res debitoris occupet, hâc lege tenetur & tertia parte bonorum multatur, & infamis fit.* Celeberrimum quoque ad hanc rem est rescriptum Impp. Valentiniani, Theodosii & Arcadii [i]: *Si quis in tantam* (inquiunt) *furoris pervenerit audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum, vel apud homines quoslibet constitutarum ante adventum judicialis arbitrii violenter invaserit, dominus quidem constitutus possessionem quam abstulit, restituat possessori, & dominium ejusdem rei amittat. Si verò alienarum rerum possessionem invasit: non solum eam posidentibus reddat, verum etiam æstimationem earundem rerum restituere compellatur.* Sed & Impp. Severus & Antoninus negant conventione effici posse, ut quis suo marte suoque arbitrio privato alteri possessionem auferre valeat. Verba Rescripti hæc sunt: [k] *Creditores qui non reddita sibi pecunia, conventionis legem ingressi possessionem exercent, vim quidem facere non videntur, attamen authoritate Præsidis possessionem adipisci debent.* At aliud videtur velle Imperatoris Alexandri sanctio, quæ sic habet: *Pignoris causa res obligatas, soluto debito restitui debere, pignoratitiæ actionis na-*

a l. 14. C. d. Iud.
b l. 1. C. ne quis in sua caus.
c l. 7. § bellissimè ff. quod vi aut clam.
d l. 9. C. Sol. matr.
e l. 5. l. 33. ff. d. acquir. poss.
f l. 13. ff. Quod met. l. pen. & ult. ff. d. vi privat.
g d. l. pen. d. vi privat.
h d. l. ult. eod.
i l. 7. C. Vnde vi.
k l. 3. C. d. pignor. & hypoth.

tura declarat: quo jure, si titulo pignoris obligasti mancipia, per eandem uti potes: nec Creditor citra conventionem vel præsidialem jussionem debiti causa, res debitoris arbitrio suo auferre potest [a]. Ergo Creditor res debitoris suo arbitrio auferet, tam virtute conventionis, quam authoritate Præsidialis jussionis, quæ duo manifesto ab invicem distincta permoverunt plerosque fermè Interpretum [b], ut crediderint, verbis Impp. Severi & Antonini *attamen authoritate Præsidis possessionem adipisci debent* non inesse legum virtutem imperandi, neque illis creditorem strictè juberi, sed tantùm quid humaniùs sit admoneri; adeoque nisi pudor & humanitas eum absterreat, legem non intercedere, quo minus possessionem proprio arbitrio auferat. Sed hanc sententiam non ferunt verba. Quid enim *necessitatem* & imperantis legis vim significantiùs exprimet quàm τὸ *debet*. Neque ratio neque lex generalis dat privatæ vindicationi locum. Cur ergo pactum privati daret? Neque etiam hæc conventio ita clara & liquida semper potest esse, ut tutum sit omnem Judicis cognitionem ab ea removere. Etsi enim Debitor non possit conqueri Creditorem arbitrio injuste uti, quod ipse ei pacto permisit; attamen fortè allegare posset, pacto conditionem adjectam, nec à Creditore servatam esse, vel hunc pacti limites alicubi excedere, vel debitum solutum, aliudve subesse, ob quod pactum servari non oporteat, quæ omnia à Judice cognosci æquum est. Quid ergo ad Alexandri rescriptum dicemus? Id quod Paulus ait [c]: *sæpe ita comparatum est, ut conjuncta pro disjunctis accipiantur, & disjuncta pro conjunctis, interdum soluta pro separatis.* Ita pro *Vel* accipiendum *Et* [d]. At, inquis, cui bono tunc erit pactum, quod tamen aliquem effectum habere, nec vento solum servire ratio flagitat? Non est novum, si conventio non operetur quod expressum est, operetur tamen aliud quippiam, nec tota corruat. Sic ergo pactum hoc operatur, primò, ne qui hujus vi fretus possessionem ingressus est pœnæ dictæ legis Juliæ de vi aliarumque obnoxius fiat [e]. Deinde ut ipse Judex celeriùs ad executionem procedere queat. Quomodo videmus Anno 1600 [f] in Comitiis Germanici Imperii Deputatorum latam legem Judici permittere hoc casu Mandata sine clausula decernere, sive omissâ citatione debitorem jubere protinus Creditori solvere aut hypotheca cedere, quod quotidianus usus Fori observat. Tandem & huic pacto eam vim tribuunt Baldus, Neguzantius, Mantica, Cardinalis

a l. pen. C. d. pign. act.

b Menoch. l. remed. recup. n. 261. Coler. de Process. Execr. c. 5. n. 83.

c L. 53. ff. d. V. S.

d VVissenb. ad d. l. pen.

e d. l. 3. C. d. Pign.

f Recess Deputationis §. ob auch auf obligationes.

Tuſcus, quique hos & alios citat Brunnemannus [a], ut quamvis de jure pignoris nihil expreſſum ſit, jus pignoris vel hypothecæ tamen hinc intelligi poſſit. Aliam difficultatem alii arceſſunt ex dicto Ulpiani [b], quando ait: *Qui vas argenteum perdiderat eoque nomine furti egerit, de pondere vaſis controverſia cum eſſet, & actor majus fuiſſe diceret, fur vas protulit, id is, cujus erat, abſtulit ei, qui ſubripuerat dupli nihilominus condemnatus eſt.* Qui verò tum dupli condemnari potuit, poſtquam Dominus rem propria authoritate abſtulit & reſcriptis Impp. legibuſque ante relatis jus ſuum amiſit? Reſponderi ſolet, ablationem hanc civiliter & ſine vi, ſi non decernente, certe non improbante Judice factam eſſe, nec ideo auferentem in pœnam incidiſſe. Quid enim improbaret Judex, ubi res furtiva ſine vi penes Dominum erat, ubi nulla lis erat de reſtitutione rei, ne de furto quidem, ſed tantum de pondere vaſis & æſtimatione pœnæ?

8. Pœnam autem lege illa *Si quis in tantam* ſimilibuſque ſancitam & plæraſque alias Juris Romani pœnas dupli, tripli, quadrupli Belgarum moribus antiquatas atque arbitrarias factas eſſe obſervat Chriſtinæus, Zypeus, Vinnius, quique hos ſequitur & citat Groenwegius [c]. Covarruvias [d] verò rigorem ſanctioni Valentiniani Theodoſii & Arcadii à totius Chriſtiani Orbis uſu alienam eſſe aſſerere audet, fretus authoritate Durandi & Guilielmi Benedicti [e].

Covarruviam catervatim ſequuntur Germani, Belgæ, Galli, Itali aliique Interpretes. Mornacius [f] ab eoque relatus Rebuffus non alieni ſunt à Guilielmi Benedicti ſententia & ratione. Ait autem ille pœnas eſſe molliendas, nec ſe obſervâſſe in praxi pœnam illam quantum ad juris amiſſionem, eſſe ſervatam, ſed violentos invaſores mulctari pœnâ tantùm arbitrariâ, fiſco applicandâ. Quam conſuetudinem putant eſſe conſentaneam foro conſcientiæ, ſecundum quam in Francia præſertim in Curia Parlamenti potiſſimum vivatur. Giphanius [g] ait, legem illam poſtquàm edita fuiſſet, ſtatim deſiiſſe eſſe in uſu, revocatam autem ab Athalarico Gothorum Rege. Sarmientus [h] *nunquam,* ait, *vidi pœnam hujus legis practicari, nec remedium hoc intendi.* Simpliciter abrogatam dicunt Farinacius [i], Perezius [k], Wiſſenbachius [l], Struvius [m], Tabor [n], Biccius [o], pluresque his citati. Baldus [p], Zoanettus [q], & communis ferè DD. ſchola

a ad d. l. 3. C. de Pign. & hypoth.
b l. qui vas 48. ff. de furt.
c ad §. 1. Inſt. de vi bon. rapt.
d lib. 3. reſ. 16. n. 7.
e Spec. d. reſt. ſpol. §. 1. verſ. item quidam.
f in C. Raimuntius d. teſtam. vſ. ſi abſque liberis.
g ad l. 4. C. ſin. reg.
h ad l. 7. C. un. de vi.
i 2. Select. Interp. 13. n. 7.
k de Furtis quaſt. 175. n. 144.
l ad tit. C. Unde Vi, n. 31.
m ad ff. d. Vi priv. th. 8.
n Syntag. d. Vi & vi arm. n. ult.
o Digreſſ. partit. Ement.
p Rer. quot. Sect. 4. th. 185.
q in Proœm. Feud.
r Tr. de diff. jur. civ. & Can. n. 163.

schola [a] saltem jure Canonum pœnam hanc abrogatam volunt. De Jure Saxonico minus videtur esse dubii, tum ob expressum juris Saxonici textum [b], tum ob authoritatem Glossæ [c], tum ob præjudicia & luculenta testimonia Saxonicorum Interpretum, Schneidewini, Zobelii, Fuchsii, Coleri, Carpzovii [d]. Verum enim vero à jure optimâ ratione introducto non facile est recedendum & *utilis Reip. Lex interpretatione potius juvanda est*, teste Terentio Clemente [e]. Summâ autem ratione nititur, maximamque habet utilitatem lex ea, quæ occasiones tumultûs tollit, quæ seditiosos justâ pœnâ in officio continet & privatis vindicationibus frenum injicit. Hæc uti Prudentibus Legumlatoribus semper maximè curæ cordique fuit, ita ejus abrogatio haud temerè statuenda erit. Quod non mutatur, cur stare prohibetur [f]? Quanti autem jus illud contra αὐτοδικίαν introductum semper fecerint Impp. vel ex eo constat, quod non ab uno, neque uno loco, sed pluribus & à pluribus constitutum videamus. Justinianus hoc semel atque iterum in Institutionibus [g], gemino etiam loco in Pandectis [h], tum quoque in Codice [i], tandem & inter Novellas suas Constitutiones [k] sedulò inculcat. Sed & ante Justinianum id juris in usu fuisse ex his ipsis locis haud obscure colligitur. Idem post quoque servatum atque in libris βασιλικῶν sæpius repetitum est, sic enim ibi scriptum exstat: *Incidit autem in legem de Vi & Creditum amittit.* [l] Et alibi: *Vis est & tunc, quotiens quis id quod sibi debetur per se non per Iudicem reposcit, & debito cadit.* [m] Iterum: *Qui sine Magistratu invadit temerè res debitoris, debitum amittit* [n]. Athalaricum Gothorum Regem hoc jus renovasse auctor est Cassiodorus [o]. Carolus Quintus in Comitiis Wormatiensibus Anno 1521. non solum hoc jus lege publicâ repetit, sed & graviora in violentos invasores statuit [p]. Nec aliud constitutum in Comitiis Ratisbonensibus Anno 1531. [q]. Neque ab hoc alienus videtur Papa Bonifacius Octavus & Jus Canonum, in quo legimus, *eum qui beneficium cui animarum cura imminet vi occupat, seu scienter injustè intrudit in eo decernimus ipso jure fore privatum beneficio* [r]. Henrici Quarti Galliarum Regis in Codice lex Callistrati *Exstat* totidem verbis exstat ejusque observatio omnibus præcipitur [s]. Idem Jure Bohemico cautum [t]. Idemque in Hispania observatur Didaco Perezio teste [v], nec non in Italia ut ait Menochius [x]. De Germania

a in c. 1. X. d dolo & cont.
b Landr. lib. 3. art. 43. & 47.
c ad VVeichbild. art. 29.
d Iurispr. for. p. 4. Constit. 35. def. 11. & 12.
e l. hoc modo 64. ff. de Cond. & demonstr.
f l. 27. C. d. Testam.
g §. 1. Inst. d. Vi bon. rapt. §. 6. Inst. d. interd.
h d. l. 13. ff. quod met. caus. l. pen. d. vi priv.
i d l. 7. C. Unde vi.
k Nov. 60. c. 1.
l l. 10. t. 2. cap. 12.
m lib. 10. c. 13. in pr.
n lib. 60. tit. 8
o lib. 9: Var.
p Cammerg. Ordn. tit. wie es in Irrung der possession. §. und ob sich je zu zeiten.
q tit. Cammergerichts Ordnung betreffend §. als sich oft.
r c. 18. de præbend. in 6.
s Tholossan. Syntag. jur. univers. p. 3: l. 22. c. 5. n. 3.
t Codex jur. Bohem. cap. 47. lit. N.
v l. 3. tit. 23. Ord. Coll. 1255.
x Recup. poss. rem. 9. n. 8.

minus dubii eſt, ceu conſtat ex iis quæ jam dicta ſunt, quæque mox dicentur. Jure Feudorum Vaſallus feudum amittit, *ſi Dominum aſſalierit, vel vicum in quo eſt per vim aggreſſus ſit* [a], unde non abſurdè concludi ſolet feudo eum excidere, ſi propria authoritate occupet. Sed & rerum judicatarum authoritate hoc jus haud difficulter comprobabimus. Quod forum commune Imperii attinet, Sententiæ Cameræ à Raphaëlo Seilero collectæ leges illas minimè antiquatas eſſe evincunt. Nos quoque dum in Foro Spirenſi verſaremur plures vidimus citari ad videndum ſe incidiſſe in pœnam legis *Septimæ Cod. Unde vi.* Secundum eandem legem judicatum eſſe teſtatur Brunnemannus [b], ejuſdemque rei memorabile præjudicium adfert Rebhanius JCtus Argentoratenſis, qui fruſtra relatis longâ ſerie Authoribus jus illud obſoletum dicentibus, evincere haud valuit, ut cliens ſuus à pœna dictæ legis abſolveretur. Ita judicandum cenſuere JCti Grypſvvaldenſes teſte Tabore [c]. Ita Facultas Juridica Heidelbergenſis noſtro tempore ſæpius reſpondit. Neque aliter Lipſienſes JCtos alioſque aliquoties reſpondiſſe & judicaſſe Finckelthauſius obſervat [d]. Paponius [e] de Gallia ſic teſtatur: *Benedictus poſt ſpeculatorem ait hujuſmodi leges hodie in Francia locum non habere neque obſervari; nihilominus arreſto Pariſienſi 26. Junii Anno* 1545. *contrarium judicatum fuit, prædictaque lex ſi quis in tantam obſervata.* Multis quoque in locis jus Crediti amittere creditorem, ſi debitum manu repoſcat author eſt Hugo Grotius [f], rem totam hanc more ſuo eleganter illuſtrans [g]. Quid? in ipſa Saxonia nonnunquã hoc jus locum habere, obſervat poſt Gloſſam Juris Saxonici alioſque Henningius Gædenius [h], ſicque etiam aliquando jucatum eſſe conſtat. [i] Ex quibus ſanè manifeſtiſſimũ fit Legem. *Si quis in tantam* conſimiliaque jura non eſſe generaliter antiquata, uti vulgus putat. Certè à totius Chriſtiani Orbis uſu receſſe, uti ſine temeritatis notâ non poſſunt affirmare Itali, Galli aut Hiſpani JCti, ita nec affirmantibus facile fides habenda eſt. Equidem non inficiamur alicubi locorum manifeſtè ſatis hæc abrogata conſtare; ſed id de omnibus generaliter affirmari poſſe pernegamus, nec ullo in loco abrogationem factam præſuminius, ſed vel manifeſtò probandam vel ſecundum jus commune judicandum eſſe opinamur cum Guttierezio [k], Weſembecio [l], Schneidevvino [m], Carpzovio [n], Joſepho Ludvi-

a *1. feud. 3. & 2. feud. 24. § 2.*
b *ad d. l. 7. C. Unde vi.*
c *in Digreſſ. Partiæ Elem.*
d *Obſervat. 24. n. 24. & ſeqq.*
e *lib. 23. tit. 5. arreſt. 1.*
f *de I. B. & P. lib. 2. c. 7. n. 2.*
g *de I. B. & P. lib. 1. c. 3.*
h *Conſil. 68. n. 10.*
i *Finckelthauſ. obſ. 24. n. 7.*
k *lib. 1. Pract. reſol. q. 77.*
l *p. 6. Conſ. 284. n. 23.* m *ad § 1. Inſt. d. Vi bon. rapt.* n *Juriſpr. for. p. 4. conſt. 35.*

Ludvici [a], Hilligero [b], Schultesio [c], Ludvvello [d] Harprechto [e], aliisque plurimis partim supra nobis, partim his ipsis, partim Alphano [f] & aliis relatis.

9. Sunt tamen casus excepti quibus αὐτοδικία permissa est, id quod breviter & nervosè sic explicat Grotius [g]: *Lex Vetans* (ait) *sine judicio suum consequi, intelligi commodè debet ubi copia est judicii. Cessat autem judicium momentaneè aut continuè. Momentanee cessat, ubi exspectari judex non potest sine certo periculo aut damno. Continuè verò aut jure aut facto. Jure, si quis versetur in locis non occupatis, ut mari, solitudine, insulis vacuis, & si qua alia sint loca in quibus nulla est civitas. Facto, si subditi judicem non audiant, aut judex apertè cognitionem rejecerit.* Ad hæc summa capita referri possunt casus toto passim jure sparsi, quibus sine judice quis se suasque res vindicare potest. Sic enim vim vi repellere licet, non tantum vitæ & honoris, sed & rerum tuendarum causâ [h]. Sic nocturnum populatorem si resistat occidere permissum [i]. Sic desertorem militiæ apprehendere [k], furem capere & ad Judicem ducere, [l] creditori fugienti debitum auferre [m], Decurioni se subducenti manum injicere [n] & eos qui obedientiam perpetuam debent propria auctoritate vindicare conceditur [o], de quibus prolixius Interpretes hoc loco passim, integro autem libro Grakius agit.

10. Cæterum multum interest quo judice quove judicio persequaris quod tibi debetur. Nam & extra territorium jus dicenti impunè non paretur. [p] Et si quid vel ab alio, vel alio modo quam lex cavit, fiat, spolium potiùs committi, quam jure vindicari judicatur [q]. Unde sollicitè examinandum, quodnam legitimum sit judicium, quis judex competens, quæ justa disceptandi ratio & probata actionibus instituendis; at cum illa altioris sint indaginis, prolixioremque tractatum exigant, quàm ut in transcursu heic expediri possint, alio commodiori loco ex professo à Nobis explicabuntur. Nunc veluti è diverticulo in viam ad reliqua definitionis nostræ verba consideranda redimus.

Verba autem *quod sibi* primo quidem nobis clarè significant, actiones ad hoc institui, ut quis persequatur, non quod alii, sed quod sibi debetur; quemadmodum & obligationes ad hoc inventæ dicuntur, ut unusquisque acquirat sibi quod sua interest. [r] Hinc Ulpianus ait: *Nemo alieno nomine lege agere potest*; [s] quod clarius profert Celsus hisce: *Nec enim quisquam alienam actionem in judicium invito cohærede*

a Decis. Lucens. 1. n. 17.
b Ad Donell. l. 15. c. 30. lit. B.
c Synops. Inst. de vi bon. rapt.
d Exerc. ad Inst. 15. th. 4.
e Ad Inst. d. § 1. de vi bon. rapt.
f In Repertor.
g De I. B. & P. lib. 1. c. 3. n. 2.
h l. 3. ff. de Inst. & jur. l. 1. C. unde vi.
i l. 1. C. quand. lic. unic. sine jud. se vendic.
k l. 2. C. eod.
l l. 56. § 1. de furt.
m l. 10. § 16. quod in fraude credit.
n l. 54. C. de Decurion.
o t. t. C. ubi quis de Curial.
p l. ult. de Jurisd.
q l. ult. in fin. C. de injur. l. 12 § 5. C. de reb. cred. c. 2. de prabend. in 6. Gail. 2. obs. 76.
r § 18. Inst. d. inutil. stipl.
s l. 123. ff. de R. I. ubi vid. Iac. Gothofr.

rede perducere potest. Et ipse Ulpianus: *de suo non alieno jure quemque agere oportet.* [a] Procuratores, tutores, curatores alienam quidem causam agunt; at non de suo jure contendunt, non sibi agunt, non quod alii debetur sibi persequuntur. Hoc verò minimè prohibitum: quamvis jure veteri Quiritum quatuor tantum casibus procuratores admitterentur, scilicet pro populo, pro libertate, pro tutela, pro absente in actione furti. [b] Verbum autem *quod sibi* paulo latius hic accipiendum, ut hic intelligatur etiam illud debitum, quod actori demum post litem contestatam propriè debetur, ne definitione hac excludamus actiones injuriarum, aut populares. *Injuriarum actio* (authore Ulpiano) [c] *in bonis nostris non computatur, antequam litem contestemur,* quia, si quis injuriam passus decesserit, ante quam litem contestetur, perinde est, quasi nullam unquam actionem habuisset: utpote quæ nec illi profuit vivo, nec ad hæredem transmittitur: [d] attamen actionem injuriarum in censu earum actionum esse, quæ heic definiuntur, & nomen actionis evincit, & totidem probant juris loca, quot actionis injuriarum mentionem faciunt, eamque actionum regulis adaptant. *Popularem actionem dicimus* (ait Paulus [e]) *quæ suum jus populi tuetur.* Unde & cuilibet ex populo datur. Si plures eam intentare velint, præfertur is, cujus interest. [f] Si par sit actorum conditio, neç ullius magis intersit, Prætor idoneiorem ad agendum admittit, cæterisque præfert. [g] Solebant autem plures actores heic facile sese offerre ad spem lucri. Pœna enim actoris lucro communiter cedere solet, unde & actor, post quam litem contestatus est, inter creditores numeratur. [h] Ante litem contestatam non intelligitur esse locupletior, qui has actiones habet. [i] Nonnunquam, sed tamen rarius, pœnam, quam hisce actionibus persequimur, fiscus consequitur: quo casu tamen etiam partem aliquam præmii loco actori plerumque relictam fuisse & ratio suadet, ut scilicet plures ad agendam curandamque populi causam invitentur, & Gajus confirmat, inquiens: *Palam autem est popularem actionem esse, cujus pœna in centum aureos ex bonis damnati extenditur: & inde partem dimidiam ei, cujus opera convictus erit, præmii nomine se daturum Prætor pollicetur, partem in publicum redacturum.* [k] Quod si de parte fisco applicanda nihil expressum sit, totum lucrabitur actor; id quod in pœna albi corrupti [l] & in actione populari quæ datur ex edicto de his quæ effuderint vel dejecerint, [m] cernere est. In illis enim cũ expressè ratio

a *l. 5. pr. ff. si usufr. pet.*
b *pr. Inst. de his per quos ag. poss.*
c *l. 12. ff. de V. S.*
d *§ 1. Inst. de perpet. & temp. act. l. 13. pr. ff. de injur.*
e *l. 1. ff. de popul. act.*
f *l. 3. § 1. eod.*
g *l. 2. eod.*
h *l. 12. ff. de V. S.*
i *l. pen. ff. eod.*
k *l. 29. § ult. ff. ad SC. Silian. & Claud.*
l *l. 7. ff. de Iurisd.*
m *l. 5. § 5. & ult. ff. de his qui effud. vel dejec.*

tio fisci non habeatur, actori relicta intelligitur, quod & definitio, & natura actionum flagitat, & J Ctus Gajus probat, quando ait: *Sed duplum utrum fisco an adversario præstandum sit, nihil exprimitur. Fortassis autem magis adversario.*[a] Huc facit & illud Modestini: *Non puto delinquere eum, qui in dubiis quæstionibus contra fiscum facile responderit*[b] Et quomodo Ulp. actorem ex populari causa indistincte inter creditores referre potuisset,[c] nisi plerumque ei vel tota, vel pars pœnæ deberetur? Idem J Ctus refert nobis Edictum Prætoris de sepulchro violato, quo Prætor sic edicit: *Quicunque agere volet, ei centum aureorum actionem dabo.*[d] Ex quo haud absurde colligas, ei dari pænam cui datur actio. Nemo tamen dubitare potest quin prætor aut legislator quandoque totam pœnam fisco tribuere potuerit. Sic Cajus Cæsar de termino moto lege agraria popularem actionem dedit quinquaginta aureorum, quos omnes *in publico dari jussit* nulla hujus lucri parte ad actorem perventurâ.[e] Quod enim Gœddeus[f] & cui is imposuit Bronchorstius[g] *in publico dari* interpretantur *ex populari actione dari* absurdius & à loquendi usu remotius est, quam ut ferri possit. At minus frequentia occurrunt hujus rei exempla, & forte tantum iis casibus, quibus creditum est non defore actores, & si nullo præmio invitentur. Et quemadmodum nemo facile patitur partem agri sibi eripi, sic quoque probabile est, neminem passurum terminum agri sui moveri, nec defuturos hoc casu actores, licet omnes populares promisso prœmio ad id non invitentur. Hanc sententiam post alios recte tuetur Fornerius,[h] Merillius,[i] Bachovius,[k] Hahnius,[l] Wissenbachius,[m] Struvius,[n] & communis fere DD. Schola contra Duarenum,[o] Goveanum,[p] Treutlerum[q] aliosque, qui pœnam in actionibus popularibus regulariter inter actorem & fiscum dividi volunt, nec non contra. Gœddeum[r] eosque, qui semper actoris eam faciunt. Neque illos juvat J Ctus Paulus, qui negat, in actionibus popularibus procuratorem intervenire posse[s] Etsi enim hoc commune cum publicis judiciis videantur habere popularia; non tamen sequitur, in popularibus semper criminaliter agi, aut pœnam ad fiscum pertinere. Cæterum judicia publica & criminum accusationes etsi quandoque actionum voce generalius acceptâ contineantur, ut supra nobis observatum est: definitio tamen actionis quominus illis adaptari possit faciunt verba *quod sibi debetur.* Neque enim accusator persequitur quod *utilitas sua privata, sed quod vigor*

publica

a l. ult ff. de litigios.
b l. 10. ff. de jur. fisc.
c d. l. 12. ff de V. S.
d l. 3. pr. ff de sepulchr. viol.
e l. 3. ff. de term. mot.
f ad l. 12. de V. S.
g 4. antin. 69.
h in d. l. 12. de V. S.
i 1 Vari: ex Cuj. 6.
k not. ad Tr. v. 1. disp. 4. th. 9. lit.
l ad Wesenb. de jurisd. n. 13.
m Disp. jur. civ. in ex-traord. coroll. 2.
n ad ff. de pop. act. n. ult.
o ad l. 25. ff ad SC. Sil.
p ad d. l. 7. ff. de jurisd.
q V. 1. disp. 4. th. 9. lit. B.
r ad d. l. 12. de V. S. n. 15. & seqq.

publicæ diſciplinæ poſtulat: ut author eſt JCtus Paulus.[a] Non exiguam difficultatem parit vox illa *debetur*. Strictius enim accepta non continet id quod *ſuum eſt*. Unde Ulpianus [b] ait: *Argento omni legato, quod ſuum eſſet: ſine dubio non debetur id, quod in credito eſſet. Hoc ideo, quia non videtur ſuum eſſe, quod vindicari non poſſit.* Sic etiam Q. Mutius, & qui hunc ex parte ſequitur Pomponius [c] *Si aurum ſuum omne paterfamilias uxori ſuæ legaſſet, id aurum, quod aurifici faciendum dediſſet, aut quod ei deberetur, ſi ab aurifice ei repenſum non eſſet, mulieri non debetur.* Paulus quoque hæc manifeſtius diſtinguens *actiones* (ait) [d] *in perſonam ab actionibus in rem hoc differunt, quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, ſingulas obligationes ſingulæ cauſæ ſequuntur, nec una earum alterius petitione vitiatur. At cum in rem ago, non expreſſâ cauſâ ex qua rem meam eſſe dico, omnes cauſæ una petitione apprehenduntur. Neque enim amplius quam ſemel res mea eſſe poteſt, ſæpius autem deberi poteſt.* Ergo quod noſtrum eſt ex unâ cauſâ tantum fit noſtrum: quod nobis debetur ex pluribus deberi poteſt. Quod noſtrum eſt, unâ tantum cauſâ peti poteſt: quod nobis debetur ex pluribus. Quod noſtrum eſt, actione in rem petitur: quod nobis debetur actione in perſonam, id quod ceu fundamentum juris Juſtinianus pluresque juris authores affirmant. Quid ergo dicemus, actionem perſonalem hic tantum definiri? Neque enim hoc Celſo in mentem veniſſe conſtat, neque dubium eſt quin Juſtinianus genus tam actionum in rem quam in perſonam definitum voluerit, quod præter alia ſubjecta definitioni diviſio manifeſtiſſime evincit. An ergo cum Cujacio [e] Wiſſenbachio, [f] & aliis pro *debetur* dicemus *quod ſuum eſt*, cum *ſuum* quandoque contineat *debitum?* [g] an verò verbo *debetur* cum Hottomanno [h] Arone, Placentino, & aliis addemus *ſuumve eſt*? Nihil horum. Nulla eſt neceſſitas violentas manus textui inferendi, ubi nullum eſt dubium de ſenſu. Sufficit ex ſubjecta diviſione & aliis conſtare nobis, τὸ *debitum* heic tam latè à legiſlatore accipi, ut comprehendat quoque *ſuum*. Et ſi nuſquam aliàs ſic acciperetur: ſatis tamen eſſet, Celſum Juſtinianumque ſic accepiſſe. Neque tamen adeo nova aut rara eſt hæc ſignificatio: ſed & Ulpianus ait [i] *Hoc verbum, debuit, omnem omnino actionem comprehendere intelligitur, ſive civilis, ſive honoraria, ſive fideicommiſſi fuit perſecutio.* Novi, quod ad hunc locum excipi ſoleat, actionem heic propriè accipi pro actione perſonali, quæ paſſim in jure ſegregatur à petitione [k] At non ſequitur,

a *l. 9. § 5. ff. de publican. & vectig.*
b *l. 27. § 2. ff. de aur. & arg. leg.*
c *l. 34. pr. eod.*
d *l. 14. § 2. ff. de Except. rei jud.*
e *par C. de her. vel act. vend.*
f *Diſp jur. civ. 44. th. 6.*
g *l. 91. ff. de V. S. l. 44 ff. de cond. indeb. l. 6. ff. quæ in fr. cred. l. 5. C. de hæred. petit.*
h *Inſt. h. t.*
i *l. 178. § ult. ff. de V. S.*
k *l. 1. ff. ad SC. Maced. l. 1.*

tur, aliquando actio strictius accepta solam personalem significat, ergò & hoc & alio loco. Nam & vox actio sæpius genus denotat, quod ex inscriptione tituli, ex definitione actionum, aliisque sexcentis locis manifestò constat, & hoc loco Ulpiani minus dubii habet, cum is præcedenti paragrapho dicat, *actionis verbum & speciale esse, & generale, omnemque actionem dici, sive in personam, sive in rem sit petitio*, & postea subjiciat, *verbum debuit omnem omnino actionem* comprehendere. Quorsum illud *omnem omnino*, si non generaliter accipitur actio? & quæ ratio dubitandi fuit, an personalis omnis actio comprehenderetur verbo *debuit?* Neque subjecta patiuntur exempla Ulpiani dictum de actionibus personalibus tantum accipi: primo enim dicit, sive *civilis* sit, sive *honoraria*. Atqui hoc in genere loquendi actio non pro personali accipi solet, quod & ipse Ulpianus [a] confirmat, quando ait: *Actionum genera sunt duo: in rem, quæ dicitur vindicatio: & in personam, quæ condictio appellatur. Omnes autem actiones aut civiles dicuntur, aut honorariæ.* Ubi tam honorarias in rem quam in personam intelligi nemo negat. Sic etiam Justinianus, ubi actiones in civiles & prætorias dispescit, *tam in rem, quam in personam prætorias* intelligi ait. [b] Neque aliter JCtus Paulus, [c] aliique. Secundo Ulpianus cum strictè accipit actionis verbum illud non minus à *persecutione*, quam *petitione* segregat. [d] Atqui, ubi verbo *debuit* omnem actionem comprehendi dicit, expressè quoque *persecutionem* ei tribuit. Ergo strictè non intelligit. Sic & Modestinus dicit, *debitorem intelligi eum, à quo invito pecunia exigi potest.* [e] *At pecuniæ verbo non tantum numeratam pecuniam, sed omnia omnino corpora intelligi nemo ambigit*, ut testatur Ulpianus: [f] sed *& omnia quæ in patrimonio sunt* hac voce contineri idem affirmat. [g] Assentit Celsus [h] Hermogenianus etiam omnes res tam soli, quam mobiles, & tam corpora quam jura, pecuniæ verbo comprehendit. [i] Ex quibus iterum manifestum evadit; eum, à quo corpora, jura aliaque, quæ in patrimonio nostro sunt, petimus, debitorem nostrum esse. Sic & Paulus *viam* nobis *deberi*, [k] & alibi [l] *possessionem reddi* ait. Et compensatio, quæ (Modestino Definitore) est debiti & crediti inter se contributio, [m] tam in actionibus in rem quam in personam locum habet. [n] Neque etiam vox *suum* tam pressè semper accipitur, ut excludat *debitum*. Paulus *meorum & tuorum* appellatione etiam actiones contineri [o] suumque à debitore solutum esse dicit. [p] Ulpianus

ff. ad Sc. Vel-lej. l. 28. ff. de O. & A. § 2. Inst. quib. mod. toll. oblig.

a *l. 25. ff. de O. & A.*

b *§ 3. Inst. h.*
c *l. 7. & 35. ff. de O & A.*
d *d. l. 178. § 2. ff. d. V. S.*
e *l. 108. ff. eod.*
f *d. l. 178. pr. de V. S.*
g *l. 5. eod.*
h *l. 88. eod.*
i *l. 222. eod.*
k *l. 19. § 2. ff. comm. divid.*
l *l. 15. ff. d. condict. indeb.*
m *l. 1. ff. de compens.*
n *§ 30. Inst. de action.*
o *l. 98. ff. d. V. S.*
p *l. 44. ff. de condict. ind.*
q *l. 6. § 6. ff. quæ in fr. cred.*

quoque meminit [a] *apud Labeonem scriptum exstare, eum, qui suum recipiat, nullam videri fraudem facere, hoc est, eum qui quod sibi debetur, receperat.* Qui loquendi modus usurpatur quoque Imperatori Antonino. [b] Hæc cum ita sese habeant, mirandum sane, cur viri eruditiores quoque in re facili tantum faciant difficultatis, & magno conatu hoc agant, ut, quæ commodissime generaliter accipi possunt & debent, specialiter accipiant, & contextui vim faciant, cum tamen intelligant, verba nummorum instar, nunc plus, nunc minus valere, sicque *debitum* & *suum* modo laxius, modo strictius accipi, neque indolem definitionis generalis, neque mentem definitoris aliam significationem admittere *debiti*, quam generalem. At, inquiunt, litandum est veritati, & dicendum, quod res est. Scilicet, Tribonianus retinuit definitionem Celsi, Celsus autem tantum actionem in personam finivit. Rem vero penitius intuenti nihil horum fit probabile. Neque enim ad amussim Tribonianus retinuit Celsi verba, quod supra vidimus: Neque Celsum actionem tantum personalem finivisse constat. Illud quidem certissimum est, Celsum libro tertio Digestorum, ex quo sumpta est definitio Justiniani, non tantum, neque potissimum, aut ex professo egisse de actionibus personalibus, sed & de actionibus in rem, [c] & generaliter de officio Magistratuum, [d] & judicum sententiis. [e] Sed etsi Celsus actionem personalem definivisset: non tamen eo sensu vel dictum ejus in pandectas relatum, vel in generali Justiniani definitione actionum repetitum esse affirmari posset.

a *l. 6 §. 6. ff. quæ in fr. cred.*
b *l. 5. C. de pen. hæred.*
c *l. 38. ff. de R. V.*
d *l. 17. ff. de offic. præs.*
e *l. 39. ff. de re judic.*

Cap. III.

De summa actionum Divisione in actiones vel in rem, vel in personam, vel mixtas.

Pars I.

De causis actionum in rem & in personam, jure in re & ad rem in genere.

SUMMARIA.

Actionum divisiones fere innumeræ; una autem summa & potissima. 1. Summa actionum divisio in rem vel in personam vel mixtam. Divisio hæc est à causâ proximâ. 2, Causa omnium actionum, jus in re vel jus ad rem. Lites D.D. de hac distin-

distinctione. Jus Romanum non novit hos terminos. Vestigia eorum quædam sunt ex Jure Canonico. Potissimum autem nobilitata & excussa demum fuit hæc distinctio Bachovio, Sutholtio, Hahnio, aliisque recentioribus. 3. Nullæ actiones sunt dativa. Tolerari tamen utcunque potest in dativas & nativas, distinctio, minime autem ferri potest error eorum, qui dativas ad hæredes transire negant. 4. Jus in re definitum, ejusque definitionis explicatio. 5. Quot sunt jura in re valde controversum. Non alienum à Jure si quatuor species statuantur Dominium, Possessio, Servitus, Pignus.

Consideratis actionum definitione, iisque quæ istuc spectare videbantur, ad divisiones nos lex vocat methodi. Sed cum istarum pleræque vix distributionum nomine dignæ, affectiones tantum sint actionum per divisiones partim à Justiniano & veteris juris Conditoribus, partim ab Interpretibus nostris explicatæ, tanto numero, ut falsem non numeras esse *Adamantii Dionysii* Commentarius de divisionibus actionum, nec non *Johannis Crispi*, de termino actionum volumen evincat; [a] Nobis quidem consentaneum videtur, si tum rationem, tum exemplum secuti Legislatoris nostri Justiniani. [b] primo summam, quam vocat divisionem (aliis fere unica videtur [c]) exactius examinemus, inde ad alias qualescunque divisiones, utiles tamen nec ineptas, progressuri.

1. Non ineleganter autem JCtus Paulus ait, *in jus vocare, est juris experiundi causâ vocare.* [d] Enimvero nullus actor est qui causâ ad judicis tribunal delatâ, non aliquod sibi vindicet jus, vel in rem reo possessam, [e] vel in personam ad dandum faciendum, vel præstandum f sibi obligatam, vel in utramque. Hoc jus causa proxima & mater omnium actionum est, pro sui diversitate actionem vel in rem, vel in personam, vel mixtam pariens. Hinc summa & potissima illa actionum divisio in rem, vel in personam, vel mixtam, de qua ita Justinianus: [g] *Omnium actionum, quibus inter aliquos apud Judices, Arbitrosve de quacunque re quæritur, summa divisio in duo genera deducitur; aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est, vel ex contractu, vel ex maleficio: quo casu proditæ sunt actiones in personam; per quas intendit adversarium ei dare aut facere oportere, & aliis quibusdam modis. Aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam.* Et paulo post [h]: *Quædam actiones mistam causam habere videntur tam in rem quam in personam.* Atque ex hisce constat divisionem hanc petitam esse non ab objecto, ut vult Wesembecius, Vultejus, Mynsingerus, Harprechtus,

a *Suth. disp.* 17. 24.

b § 1. *Inst. de action.*

c *Vultej. jurispr. hom. lib.* 2. c. 17.

d *l.* 1. *D. de in jus voc.*

e *l.* 3. § 12. *ff. ad l.* 13. § 1. *C. de judic. l.* 3. *ff. h. t.*

g *d.* § 1. *Inst. h. t. adde l.* 25. *ff. h. t.*

h § 20. *Inst. h. t.*

a Comm. ad § 1. Inst. h. t. b ad d. § 1.

tus, [a] & alii: Neque à subjecto, ut contendit Notator ad Donellum: sed ut rectius Bachovius, Vinnius, alii [b] volunt à causâ efficiente proximâ, quæ actionem producit. Neque enim in rem aut personam dicitur actio, quod rem personamve persequimur; neque ideo, quod rei aut personæ adjungitur, sed quod ex jure sive in rem, sive contra obligatam personam competenti oritur. Unde etiam veteribus JCtis obligatio dicitur *parere actionem*, [c] actio vero personalis ex obligatione *nasci*. [d] Neque absurde nostri juris magistri obligationem matrem omnium actionum personalium; jus in rem, matrem omnium actionum in rem vocant. Frustra hic nobis opponas, quod *res* quandoque *conveniri* dicatur *non persona*. [e] Non inde bonâ ratione collegeris actionem in rem ideo dici in rem, neque illa locutio propria aut usitata, sed abusiva est, specialique ratione nititur.

c l. 42. § 2. ff. de Procurator. d l. 2. pr. ff. mandati.

e l. 7. ff. de publican. l. 29. ff.

2. Cæterum ut distinctionem causarum actionum, & quæ inter utramque speciem, scilicet jus in rem & obligationem est, oppositionem significantius & cum euphonia exprimerent Interpretes, causam illam duplicem dixerunt, jus in re, sive in rem, & jus ad rem. Neque tamen convenit de his inter omnes: aliis alias atque alias lites heic moventibus. Sunt rigidi & ut ait Bachovius superstitiosi, qui contra hanc distinctionem insurgunt, eâque ceu à jure Romano alienissimâ uti abnuunt. Nobis tantum videntur λογομαχεῖν. Quid enim interest an obligationem ad rem dandam, faciendam vel præstandam, an jus ad rem dicas. Equidem negari haud potest, obligationem in legibus Romanis nunquam dici jus ad rem, neque hosce terminos Impp. aut JCtis veteribus usitatos fuisse. Nulla enim in hanc rem extat lex. Certe ne fidiculis quidem hoc ex JCto Paulo extorseris quando ait: [f] *Obligationum substantiam non in eo consistere ut aliquod corpus nostrum, aut aliquam servitutem nostram faciant, sed alium nobis obstringant, ad dandum aliquid vel faciendum.* Quid heic de jure in re & ad rem? Parum recte sive cardinem controversiæ, sive verba legis perpenderunt, qui istam loquendi formulam inde probare allaborant. Juris in re quidem mentionem facit Gajus cum ait: *sive domini sint, sive aliquod jus in ea re habeant.* [g] & alibi: *sive domini sint, sive aliquod jus in ea re habeant.* [h] Item Justinianus [i] hisce: *Sin vero nullum jus in eadem re quocunque tempore habuit.* sed non dicunt hi jus in re, oppositum juri ad rem, neque id prædicant de omnibus juris in re speciebus,

f d. l. 3. ff. de oblig. & act.

g l. 30. ff. de noxal. act. h l. 19. ff. de damno infecto. i l. 8. § 1. C. de præscript. 30 vel 40. ann.

ſpeciebus, adeoque nec eo modo aut ſenſu, quo hodie Interpretes. Ad hæc ratius. Sane ſi eo ſenſu, termini hi veteribus recepti fuiſſent, ſæpius in jure occurrerent. At non occurrunt, ne iis quidem locis ubi ſummâ actionum diviſio ex profeſſo tractatur.[a] Quid? ne proximis quidem ſeculis noſtris ſatis recepti videntur. Jus Canonicum tamen ſic aliquoties loquitur. Nam Clemens Pontifex[b] jus ad præbendam diſtinguit à jure in præbenda. Conſimiliter Papa Bonifacius VIII. jus in beneficio opponit juri ad beneficium.[c] Sed nec heic ita recepta aut nobilitata illa definitio, ut poſt factum a Bachovio, ejuſque diſcipulo Sutholtio & horum aſſecla Hahnio aliiſque, quorum diligentiam hac in re adeo non improbamus, ut potius diſtinctionem illam utilem & ad explicandam indolem & differentias actionum perquam commodam eſſe credamus.

a § 1. Inſt. h. t. l. 25. ff. eod.

b Clem. un. de ſequeſt. poſſeſſ.

c c. 8. de Conceſſ. præb. in 6.

3. Quando ergo videmus omnium actionum cauſam eſſe vel jus in re, vel jus ad rem, ſive obligationem; conſequitur nullam actionis ſpeciem dari ſine tali præexiſtente cauſa, adeoque commentum eſſe interpretum, diſtinctionem inter dativas & nativas actiones. Illas vocant, quæ dantur à lege, vel Prætore immediatè, præter juris regulas & ſine præexiſtente materia, præmiſſo tamen aliquo facto, unde æquum viſum eſt actionem concedi. Has dicunt, quæ ex regulis juris communis habentur, ex materia aliqua præexiſtente, veluti contractu, ſimilive ortæ.[d] Sic communis fere interpretum ſchola: ſed rigidiores Romanæ locutionis & Juriſprudentiæ æſtimatores hæc ut barbara rejiciunt, inter quos tamen, quantum ad rem nihil diſſidii, ſed litem de verbis nobis eſſe videtur. Enimvero negari non poteſt, de eoq; inter omnes convenire putamus, quaſdam actiones naſci ex obligationibus aut cauſis, quæ ſuâ quidem naturâ efficaces non ſunt ad producendam actionem, quibus tamen hæc vis & efficacia datur à lege vel Prætore. Sic pupillus ſine tutoris authoritate contrahens, etſi locupletior ſit factus, naturaliter tantum obligatur[e]. Naturalis autem illa obligatio non parit actionem jure Romano.[f] Attamen ex reſcripto Divi Pii pupillari obligationi vim producendi actionem utilem, tributam videmus.[g] Sic JCtus Celſus etiam eo caſu, quo nullum negotium ex quo actio naſci poterat, geſtum erat, tamen ex æquo & bono actioni locum facit.[h] Has ſimileſque actiones ut Interpretes diſtinguerent ab iis, quæ ex cauſis ſuis naturalibus naſcuntur, illas dativas, has nativas dixere,

d Hillig. ad Donell. lib. 19.

e l. 43. ff. de oblig. & act. l. 189. de R. I. l. 2. ff. de fidejuſſ.

f l. 7. § 4 ff de pact. l. 16. ff. de fidejuſſor.

g l. 3 ff. Commodati.

h l. 32. ff. de reb. cred.

quod, qui in verbis faciles sumus, haud ægre ferimus, ne que enim res sive differentia ipsa negari potest. Errant autem illi cum voces dativarum & nativarum ex jure Romano arcessere satagunt. Nam id jus promiscue actiones dari & nasci dicit.[a] Sic Ulpianus testatur actionem negotiorum gestorum à Prætore edicto *dari*,[b] cum tamen certum sit illam ex jure ad rem, sive obligatione orta ex quasi contractu nasci. Depositi quoque actionem se *daturum* Prætor promittit eodem Ulpiano teste,[c] quam tamen ipsam ex contractu obligagationem ad producendam actionem sui natura efficacem generante *nasci* certum est.[d] Gravior & intolerabilior est error Glossæ[e] & eorum, qui actiones dativas ad heredes transire negant[f], quod rectissimè reprobat Jason, Covarruvias & alii. Neque enim ullo Juris loco tales actiones hæredibus negantur. Imo ab Imp. Diocletiano & Maximiniano hæredibus hæ expresse conceduntur, quod licet non videremus, sufficere tamen nobis posset regula generalis de actionibus, quæ hæredibus dantur; à quâ hæ minimè excipiuntur. Unde etiam consequitur, si lex actionem det ad vindicandam potius injuriam, quam persequendum id quod abest, eam heredibus haud competere, sed morte remissam censeri, secundum generalem illam regulam,[g] quæ inter dativas & nativas minimè distinguit.

4. Cæterum nunc operæ pretium fuerit fontes illos & scaturiginem omnium actionum, & quid sit jus in re, quid item jus ad rem, quæque utriusque species, penitus introspicere. *Ius autem in re est jus quo res ipsa nobis devincta est*, vel (plenius) est legitima facultas rem, ejusve possessionem aut utilitatem, à quocunque vindicandi, de eâ libere disponendi, secundum naturam cujusq; speciei hujus juris. Hoc Ulpiano *jus in ipsam rem*: Accursio[h] *jus rei*, aliis *jus in re constitutum*, aut similiter vocatur: Dicitur autem *jus* vel *legitima facultas*, eodem sensu, quem in destinctione Actionum supra declaravimus. Dicitur *Rem*, quæ vox heic non tantum de re corporali à domino vindicanda, sed etiam de hæreditate accipienda est. Dicitur *Possessionem*. Quamvis enim ubi possessio rei vindicatur, rem ipsam tradi necesse sit, attamen cum rem simpliciter petimus, plerumque in eam *Dominium* ostendimus, à quo cum multum differat *possessio*,[i] quæ nil commune habet cum proprietate,[k] neque cum ea nasceri debet[l] cumque alias producat actiones, non visum est voce *Rei* possessionem hoc

a l. 7. § 2. ff. de pact.
b l. 3. ff. de negot. gest.
c l. 1 ff. de ...
d § pen. Inst. quib. mod. re contrah. oblig.
e in l. cum precario ff. de precar.
f Padilla in l. § 5. arcundo ff. de præscript. verb.
g § 1. Inst. de perpet. & temporal. act.
h ad l. 13. ff. de damn. infect.
i l. 1. § 4. ff. de acquir. vel amitt. poss.
k l. 12. § 1. ff. eod.
l l. pen. ff. eod.

hoc loco complecti. Dicitur *utilitatem*, ut denotentur servitutes, in quibus non ipsum prædium serviens, sed utilitas ejus vindicatur. Dicitur à *quocunque*, quod quidem in vindicatione rerum minus dubiii habet, in aliis autem speciebus secundum indolem cujusque earum temperandũm est. Sic enim hæreditas petitur tantum ab eo qui pro hærede vel possessore possidet. Idem contingit in interdicto *quorum bonorum*.[a] Neque hypothecam ab alio quam debitore possessam, jure novissimo continuo vindicare licet, antequam debitor ipse conventus sit.[b] Quicquid tamen horum sit, non dubium est, quemque jus quod in ea re habet, à quocunque vindicandi potestatem habere, licet non omni tempore, neque modo. Rem ipsam certe hoc jus afficit: Unde nostri ajunt, quod jus hoc rem ita afficiat & comitetur, ceu Baptisma baptizatum, ceu lepra leprosum, ceu umbra corpus.[c] Quare ubi ubi res sit, etsi per mille manus ambulaverit ceu millies alienata sit, non tamen impeditur vindicare eam, qui jus in ipsa habet. Secus est in jure ad rem, sive obligatione, ex qua tantum contra certas personas, ex contractu vel maleficio, variisque causarum figuris obligatas agitur.[d] Dicitur porro de iisque *libere disponendi*, cum utilitas & virtus juris in re, in sola vindicandi potestate haud consistat, sed & in rerum earum usu, de iisque libere disponendi facultate. Additur tandem *Secundum naturam cujusque speciei hujus juris*. Cum enim jus in re in varias species deducatur, earumque alia alios atq; alios effectus à jure habeat, non una eademque libertas disponendi de omnibus esse potest. Plenius jus est domini, Possessoris minus. Servitutes seu personales, seu prædiales, nec non pignus habentibus, arctior facultas disponendi lege permissa est, quod suo loco manifestius fiet.

a *l. 1. ff. quor. bonor.*

b *Nov 112. cap. 1. Auth. hoc si C. de pignor.*

c *Iason. Sueid. & alii ad § 2. Inst. h. t.*

d *l. 3. ff. de Obl. & Act.*

5. Nunc ad species juris in re transituris, primo se offert quæstio de numero: sed de hac quot capita tot sensus: Sunt qui unam tantum speciem juris in re, sunt qui duas, sunt qui tres, qui quatuor, qui quinque, qui sex, atque has iterum alias atque alias statuunt. Occasionem dissensioni videtur dare jus Justinianicum, quo neque termini illi recepti, neque species hæ satis expresse enumeratæ videntur. Nonnulli tamen non tam de re, quam verbis litigant, quorum sententiæ observatâ vocum homonomiá haud difficulter conciliari poterunt. Alii enim vocem *Dominii* tam late accipiunt, ut eâdem simul designent & jus hæreditarium & dotium. Alii contra

tam stricte, ut ex una specie dominii largius accepti tres faciant.

Nos Pomponum, Ulpianum, & Justinianum heic audire malumus, quam eorum sententiis immorari interpretum, quos juris authoritas deficit. Pomponius enim scribit (Ulpiano teste atque probante.) [a] *ejusdem hominis nomine recte plures ad exhibendum agere posse, forte si homo primi sit; secundi in eo ususfructus* sit; *Tertius possessionem suam contendat*; Quartus *pignoratum sibi eum affirmet. Omnibus igitur ad exhibendum actio competet, quia omnibus interest.* Quatuor heic referri juris in re species nemo non videt, qui verba Pomponii intelligit. *Homo primi dicitur esse*, hoc est primus habet dominium hujus servi, quæ prima & potissima species juris in re est. *Secundi est ususfructus*, id est servitus, quæ secundam constituit speciem. *Tertius possessionem suam contendit*, tertiam scilicet juris in re speciem. *Quartus denique pignoratum sibi affirmat*, id est nititur jure pignoris quartâ juris in re specie. At inquis Pomponius quidem hæc quatuor jurium genera tradit; illas vero species juris in re, nec plures aut pauciores admittendas esse minime dicit. Sed hic scrupulus facile eximitur, si consideres & actionem ad exhibendum, & alium huic geminum Justiniani locum, & indolem enumeratorum quatuor jurium. *Actio ad exhibendum maximè propter vindicationes inducta est* teste Ulpiano. [b] Unde Interpretes nostri eam solent vocare præparatoriam actionum in rem, seu vindicationum. [c] Unde iterum Ulpianus eleganter ait: *Hac actio ei competit qui in rem acturus est qualicunque in rem actione, etiam pigneratitia, Serviana sive hypothecaria, quæ creditoribus competunt. Sed & Usumfructum petituro competere ad exhibendum Pomponius ait. Sed & si quis interdicturus rem exhiberi audietur. Item si optare velim servum cujus optio mihi relicta est, ad exhibendum me agere posse constat ut exhibitis possim vindicare.* [d] Ergo indoles & natura actionis ad exhibendũ est, ut competat illis, qui habent actionem in rem, adeoque jus in re, qui autem hoc habeant exactè traditur, non tantum in d. §. 12. ante allegato, sed & §. 4. 5. 6. jam recitato; in quo iterum quatuor illæ species jurium in re, nec plures, aut pauciores occurrunt. Servianam enim *pignus*: Usumfructum, *servitutem*: interdictum *possessionem*: legatum servi vindicandi, *dominium* arguere, nemo negaverit. Gemina hisce nec nimium ad rem est lex Justiniani [e] *Censemus* (inquit) *omnes lites super pecuniis quantacunque quantitatis, sive super conditionibus, sive super jure civitatum, sive privatorum fuerint illata.* (Hactenus de debitis pecuniis

[a] l. 3. § 12. ff. ad exhib.

[b] l. 1. ff. ad Exhib.

[c] Goth. Gloss. & alii ad d. l. 1

[d] l. 3. § 3. 4. 5. 6.

[e] l. 13. § 1. C. de Judic.

cuniis, obligatione & jure ad rem videtur loqui. Sequuntur nunc ordine 4. ſpecies juris in re: *ſive ſuper* 1. *poſſeſſione, vel* 2. *dominio, vel* 3. *hypotheca ſeu ſuper* 4. *ſervitutibus*.

P A R S II.

De Dominio.

Dominium tripliciter accipitur. 1. *Latiſſimè pro jure quolibet dominandi perſonis vel rebus. Et ſic rectè dicitur Dominium juriſdictionis & Imperator Mundi Dominus: Dominium litis, Dominium in domo.* 2. *Stricte pro omni jure quod quis in re habet. Sic Dominium poſſeſſionis, Dominium ſervitutum, hæreditatis. Non pignoris, non obligationis.* 3. *Strictiſſime pro proprietate qua opponitur ſervituti, poſſeſſioni, pignori.* 4. *Definitio Dominii ejuſque explicatio.* 5. *Diviſio Dominii. Olim Dominium aliud vel naturale vel legitimum ſive Civile vel plenum erat. Dominium hodieque aliud naturale aliud Civile ut in marito.* 6. *Dominium aliud naturale aliud Civile pro diverſitate modorum acquirendi. Civile iterum Prætorium vel Civile.* 7. *Dominium aliud plenum, aliud minus plenum, atque hoc directum vel utile.* 8. *Species Dominii utilis vulgares* 6. *Emphyteuſis, locatio ad longum tempus. Superficies, libellaria, precaria, feudum. Emphiteuſis quid.* 9. *Locatio ad longum tempus, an ſpecies juris in re? Neg.* 10. *De ſuperficie. Eſt ſpecies juris in re.* 11. *De libellaria. quid ſit? uſu recepta, non jure Romano.* 12. *De precaria, quid ſit?* 13. *De feudo.* 14. *De traditione: quid & quotuplex ſit. Ejus effectus.* 15. *An vacua poſſeſſio neceſſaria ſit ad tranſlationem Dominii per traditionem?*

§ 1. Sed nunc indolem & naturam harum ſpecierum, quantum inſtituti noſtri ratio poſtulat, videamus, & primo loco quidem Dominii ceu juris præſtantioris.

Vox autem *Dominium* (uti & vox *mandatarius, donatarius, ſuus heres*, & ſimiles) eſt vox artis, JCtis veteribus uſitata quidem, & paſſim ſæpeque in jure occurrens, aliis autem Latinis Authoribus haud recepta [a]. Uſus vero hujus vocis inter ipſos JCtos non ſemper idem eſt. Hinc neque levis, neque una de eo controverſia oritur & ſcrupulus, quibus tricis ut nos felicius expediamus, neceſſe fuerit triplicem verbi ſignificationem hic obſervare. 1. Latam. 2. ſtrictam utramque impropriam & minus uſitatam, & 3. ſtrictiſſimam propriamque. Latiſſimè accipitur Dominium pro jure, quo Nobis ſive perſonæ, ſive res, ita obnoxiæ ſunt, ut illis quodammodo dominandi, aut de iis ſtatuendi legitimam facultatem habeamus. Sic Imperator Antoninus dicit, ſe Mundi Dominum [b]. Quicquid

[a] *Ant. Aug. lib. ſing. ad Modeſtin. ad l. 1. ff. de Excuſ. tut.*

[b] *l. 9. ff. ad L. feud. de jact.*

autem de lectione hujus rescripti, Salmasius, Petitus, alii laborent [a], quicquid Jurisprudentes de sensu hujus textus contendant, certum est, Antoninum nihil aliud sensisse, nec sentire potuisse, quam se quidem Dominum esse non totius Mundi, seu ut nugatur Baldus [b], in universâ ditione, quæ ascendentem descendentemque, & utrumque latus aspicientem solem respicit: sed partis illius Mundi excellentioris, quæ Romanos fasces agnoscebat, quæque in ipsis sacris literis Orbis totus dicitur: neque etiam quoad propriè dicti dominii effectus Imperatorem esse hujus Mundi Dominum, sed tantum quoad jurisdictionem, quam Eudæmon rogabat in publicanos Cyclades Insulas habitantes exerceri. Unde non absurdum est, quod communis Interpp. schola hunc locum de dominio jurisdictionis accipit [c], si modo Jurisdictionis nomen paulo largius & moderno magis quam Romanorum ex usu, Mundum autem per synecdochen paulo strictius accipias. Atque sic rectè dicitur dominium aliud proprietatis, aliud jurisdictionis. Minimè ferendus autem error est, tum Alberici cæterorumque, Regem Galliæ aliosq; Principes hinc Imperatori subjectos contendentium: tum aliorum, omnes Mundi partes etiam remotissimas & incognitas Imperatori subditas volentium. Adulatorem autem agit Bartolus, quando à Car. IV. ex spurio natalibus restitutus, hæreticum ait, qui Imperatorē ita totius mundi Dominū negat [d]. Hoc sensu accepto dominio, tolerari etiam potest, quod ait Grotius: *Bona privatorum esse sub eminenti dominio Principis*, siquidem hic pro necessitate & utilitate Reipubl. his quodammodo dominari potest. Sane jus statuendi aliquid de rebus negari nequit ei, cui id in ipsos rerum Dominos haud negatur. Sic etiam in largiori hoc significatu dominium litis ante litem quidem contestatam mandans habere [e]: post, Procurator litis Dominus censetur [f], & Defensor, qui satisdedit loco Domini habetur [g]. Ulpianus quoque Patremfamilias dicit, qui *dominium in domo habet* [h], hoc est jus in uxores, liberos cæterasque personas & res familiæ. Atque hæc de latissimâ hujus vocis significatione.

§ 2. Altera, *stricta* est, cum dominium accipitur pro omni jure, quod quis in re habet. Unde Constantino *Dominus possessionis* [i], Arcadio & Honorio *proprietas possessionis* [k] dicitur: ceu ex Codice Justiniani liquet. Extat & in Codice Gregoriano in hanc rem rescriptum Valeriani & Galieni hoc: *Instrumentis scriptura non oberit, quod nomen*

a *Vid. Peck. cum not. Vinn. in tr. Rei Naval. ad h. l.*

b *in proœm. ff.*

c *Gail. 2. obs. 56. & de pac. pub. c. 11. n. 4. Fachin. 8. contr. 63.*

d *ad l. 24. ff. de capt. & post rev.*

e *l. 1. C. de sent. & interlocut.*

f *l. 22. & 23. C. de Procurator. l. 4. §. fin. ff. de Appellat.*

g *l. 76. ff. de Proc.*

h *l. 195. ff. de V. S.*

i *l. 2. C. ubi in rem act.*

k *l. 11. C. de omni agro desert. lib. 11.*

nomen contineat alterius emptoris, ad cujus fidem ipse confugias, cum dominium possessionis, quod habuisse te semper & adhuc habere proponis, securus obtineas [a]. Huic convenit illud Constantini ex Codice Theodosii: *Cum ad Patrem aliquid ex materna successione, interpositâ cretione pervenerit, & ad liberos maternarum rerum successiones defluxerint, ita eas haberi placet in parentum potestate, ut dominium tantum possessionis usurpent* [b].

a l. 1. C. Gregor. si sub alterius nomine res empta.

b l. 2. C. Theodos. de bon. mater.

Servitutum quoque dominium est & quæ Ulpianus de Dominio prædicat, ad servitutes pertinere subjectis exemplis demonstrat, quando ait: [c] *Ergo nonnunquam etiam Dominii ratio habebitur, ut puta si propter hoc opus, quod factum est, servitutes amittantur, aut Vsusfructus intereat*. Julianus dominium ususfructus opponit possessioni ejusdem. *Est enim absurdum* (inquit) *plus juris habere eos, qui possessionem duntaxat Vsusfructus, non etiam dominium adepti sunt* [d]. Et alibi Ulpiano appellatione Domini, venit Usufructuarius [e]. Seneca quoque alium rei, alium usus Dominum facit.

c l. 15. § 8. ff. Quod vi aut clam.

d l. 3. ff. si Vsusfr. pet.

e l. 8. pr. ff. de reb. auth. Iud. possid.

Hereditatis etiam videtur esse dominium, cum & hereditatis Dominus dicatur, atque his verbis: *Titius hereditatis meæ Dominus esto*: rectè institutio fiat: ut ait Marcianus [f]. Paulus quoque successionem hereditariam, successionem in *universum dominium* appellat [g]. Pignoris dominium apud Veteres dici nondum video. Et frustra nonnulli hoc arcessunt ex loco Marcelli [h], qui dum creditricem se pro Domino gerere ait, factum non jus designat.

f l. 48. ff. de hered. Instit.

g l. 70. ff. d. V. S.

h l. 48. ff. de solut.

Neque video obligationis dici dominium. Bonis quidem annumerat Ulpianus [i], quæ in actionibus, petitionibus & persecutionibus sunt: sed ea ipsa eodem loco verbis: *non tantum quæ dominii*: à dominio expressè segregat. *Meorum* quoque & *tuorum* appellatione, quæ alioquin res nostri dominii denotant, actiones quoque intelligi observare licet [k], sic tamen dominium obligationis nondum dicitur. Neque tamen dicam scribam grandem cui sic loqui lubet: cum rerum & jurium non absimilium dominium dici ante notaverimus, sed cum veteribus juris Conditoribus eum loqui negabo.

i l. 49. ff d. V. S.

k l. 91. d. V. S.

§ 3. Tertio denique & strictissime accipitur dominium, pro eâ specie juris in re, quæ proprietatis nomine venit, à possessione, servitute & pignore separatâ iisque oppositâ [l]. Hinc Neratius de dominio locutus addit, *id est proprietas* [m], & verus Dominus Ulpiano Dominus proprietatis dicitur [n], & Pomponius ait: *Si usufructus*

l d. l. 3. § 2. ff. ad Exhibend. d. l. 13. § 1. C. de Iudic. l. 15. § 1. ff. de damn. infect. l. 19. ff. eod. l. 30. ff. de Noxal. act.

m l. 13. pr. ff. d. Acq. Rer. dom.

n l. 15. § proprietatis ff. de Vsufr.

fundi, cujus proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi à Domino proprietatis detur [a]. Hæc significatio JCtis receptior, frequentior magisque propria est: uti constat ex titulis de acquirendo rerum Dominio, de jure dominii impetrando, aliisque locis innumeris. Atque hoc sensu negat Ulpianus Domini appellatione contineri [b] possessorem, aut qui usumfructum habet [c]. Quin & dominium nihil commune cum possessione habere dicitur. Cæterum hâc homonymiæ observatione complura dissidia Doctorum componi poterunt. Sic Cujacius, Gœddeus, Lopezius, Petrus Gregorius, eosq; secutus Treutlerus [d], Dominium à proprietate differre ajunt. Idem negant Robertus, Donellus, alii. Utrorumque sententia potest ferri. Horum, acceptâ voce dominii strictissimè: illorum, eâdem latissimè sumptâ. Sic rerum incorporalium dominium agnoscunt Gœddeus, Robertus, Bachovius, Treutlerus [e], alii. Negant Cujacius, Duarenus, Donellus, Wesembecius [f], Hahnius [g]. Omnes rectè: pro diversitate significationis vocis. Unde graves illæ de dominio contentiones iterum in λογομαχίαν abire videntur. Si enim rem & effectum consideres, nemo discrimen negat. Nemo idem jus eandemve actionem, servitutem aut obligationem habenti tribuit, quæ Domino proprietatis competit. Ex proprietate Rei Vindicationem, ex possessione interdicta, ex servitute confessoriam & negatoriam: ex pignore Servianam & quasi Servianam competere: Obligationem verò nonnisi actionem personalem tantum producere, nullus dubitat.

Sed satis de voce: nunc rem finiamus; in qua iterum, quot capita, tot fere invenias sententias, quas longâ serie Harprechto [h] relatas, nobis specialius examinare operæ pretium haud videtur. Nos uti omnes alias haud fastidiosè rejicimus, nec sensu à nostrâ multum differre putamus, ita præferimus Bachovii [i], Wesenbecii [k] aliorumque Definitionem illam: *Dominium est jus, quo res est nostra.* Rectè dicitur *jus*. Nam & Ulpianus cum ait Patrifamilias competere *dominium*, *jus* se demonstrare dicit. Et Imperatores non uno loco *jus dominii* exprimentes, dominium ipsum intelligunt [l]. Diocletianus & Maximianus vocant *jus plenum* [m], & Ulpianus eum, qui *Dominium* usucapione acquisivit *plenum jus* incipere habere [n] dicit. Jus autem hoc nihil aliud est, quam legitima potestas, quam Justinianus etiam *plenam potestatem* vocat [o]. Hæc quanquam satis manifesta

a l. 66. ff. de iure dot.
b l. 1. § 1. & 2. ff. ad SC. Sylan.
c l. 12. ff. de Acq. poss.
d vol. 2. disp. 2. thes. 1. lit. K.
e d. l. lit. b.
f allegati Treul. d. l.
g ad Wes. ff de Acq. rem. dom.
h ad lib. Inst. de Rer. divis. pr. § 8.
i ad Tr. d. l.
k in par. ff. de de Acq. rer. dom.
l 11. Cod. de jure dom. Impet. l. 7. C. de pact. inter empt. & Vend.
m l. 11. C. de act. empt.
n l. 17. in fin. ff. de R. V.
o § 4. Inst. de Usufr.

festa videantur, sunt tamen quibus displicent, quique volunt, Nemini jus in res suas esse posse. At hoc quidem argumento eos non tantum principium petere, sed & jus ipsum convellere, & ab usu loquendi juris Conditorum recedere, ex supra allatis manifestum fit. Jus etiam dominium est, non ad rem, sed in re; id quod & diversa juris capita [a], & actio in rem, ceu effectus juris in re, ex dominio competens [b], & tradita juris in re definitio, dominio quam maximè conveniens; denique & conjunctio hujus cum aliis speciebus juris in re, toties ab Imperatore & Jurisconsultis facta [c] satis evincunt. Dissentiunt alii moti potissimum verbis illis JCti Gaji, *sive Domini sint, sive aliquid in ea re jus habeant* [d]. & Ulpiani: *sive corporis Dominus, sive is, qui jus habet ut puta servitutem.* Sed rem exactius pensitanti, obvium fit, JCtos illos his locis nihil minus, quam Dominium à censu jurium in re separare voluisse. Quæstio enim Ulpiani est, quinam in cautione damni infecti satisdare, hoc est fidejussoribus cavere cogantur, quique repromittere tantum queant. De domino corporis nulla erat dubitandi ratio. De aliud vero jus in re habente dubitandum videbatur, quod cum plenum jus non haberet, non videretur eam securitatem, quæ finis hujus cautionis est, præstare posse. Sed respondet JCtus, & hunc repromittere: ut adeo sensus horum locorum sit, non tanrum Dominum, sed & alios, qui minus plenum jus in re habent repromissioni relinqui. Consimiliter Gajus an dominium sit jus in re haud definit: sed tantum absentium sive Dominorum, sive aliorum jus in re habentium jus corrumpi negat. Quid? Cum Dominium sit plenius jus, & plenior potestas, ut modo visum, cumque alia jura in re hinc ut plurimum promanent, mirum ne erit si excellentius illud jus aliquando separetur ab aliis. Instat non nemo. Atqui nullo juris loco dominium expresse dicitur jus in re. Sed huic satisfacit JCtus Ulpianus monens, *verbum ex legibus accipiendum esse, tam ex legum sententia, quam verbis.* Cæterum neque verba si non totidem, saltem æquipollentia, neque sententiam juris heic nos deficere supra visum. Dicitur *Res.* quod verbum alias JCtis plura denotat: etiam ea, quæ extra computationem patrimonii sunt [e]. Hoc loco vero, ubi de dominio proprie dicto agimus, *Rei* vocabulum corpora tantum indigitat, quæ in patrimonio nostro sunt, & pro quibus Rei Vindicatio datur. Omnis quidem actio in rem generaliter vocatur Vindicatio [f]. Rei autem vindicatio

a § 1. *Inst. de act.* § 4. *Inst. de Vsufr. l.* 2 § 1. *ff. si servit. vind.*

b 11. *ff & C. de Rei Vind.*

c *l.* 3. *ff. ad Exhib. l.* 13. *C. de Iudic.*

d *l.* 19. *ff. de damn. infect. l.* 30. *ff. de Nox. act.*

e *l.* 5. *ff. d. V. S.*

f § *appellamus* 15. *Inst. d. act.*

dicatio, quæ ex dominio naſcitur *ſpecialis* (ut ait Ulpianus [a]) *locum habet in omnibus rebus mobilibus, tam animalibus, quam his, quæ animâ carent, & in his, quæ ſolo continentur.*

Dicitur denique *noſtra*, id eſt Nobis propria. Sic Conſtantinus dicit, rem *proprii* juris eſſe patris, cujus is Dominus eſt [b], & Juſtinianus proprietatem pro dominio accipit [c], filium proprietatem habere ait ejus rei, cujus dominium habet [d]. Et Alexander *dominii cauſam* vocat *cauſam proprietatis* [e]. Sic & Dioclet. & Maxim. Vineas *proprietatis* appellant, quarum *dominium* intelligunt [f]. Iidem *litem proprietatis* appellant, quam mox *dominii diſceptationem* eſſe ajunt [g]. Sic quoque JCtus Gajus *proprietatem* transferri dicit, ubi *dominium* transfertur [h]. Et Neratius ait: *Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, Dominium mihi, id eſt proprietas, acquiritur* [i]. Julianus quoque ubi dominium transferri innuit, proprietatem tranſire ait [k]. Hæc quamvis ſatis manifeſta ſint, plures tamen nec levis authoritatis D.D. diſſentiunt: Dominium à proprietate, ut genus à ſpecie, vel aliter differre volentes. Sed obſervatâ vocum homonymiâ diſſidium hoc difficulter tolli poſſe, jam dicere antevertimus. Fruſtra etiam contra definitionem hanc inſurgens Grœddeus [l], ait eandem competere poſſe etiam uſucapioni traditioni, donationi: quod & hæc ſint jura, quibus res eſt noſtra. At quis unquam audivit à juris Conditoribus, uſucapionem aut traditionem aut donationem vocari jura? Modi acquirendi jus dicuntur; non jus. Quin facta potius dicas quam jura.

5. Nunc paucula de diviſionibus Dominii addenda: Sunt quidem illæ pleræque minus accuratæ, qualeſcunque tamen in jure occurrunt explicatione dignæ.

Olim Dominium aliud erat *naturale*, quod in bonis, aliud *civile* ſeu legitimum, quod jure Quiritium: aliud denique quod plenum appellabatur. Bonitarium ſeu naturale, acquirebatur per traditionem ex juſtâ cauſâ factam, dummodo abeſſet uſucapio, in jure ceſſio, aut mancipatio. His enim Quiritiarium acquirebatur. Adeoque ſi ſervus civi Romano venditus traditusque tantum eſſet, nec tamen per annum poſſeſſus, mancipatus aut in jure ceſſus, Emptoris bonitarium erat dominium: Venditori manebat nudum jus Quiritium, nomen inane. Quod ſi annalis poſſeſſio, ceſſio, aut mancipatio accederet, Emptor plenum Dominium acquirebat. Sed antiquæ

a l. 1. ff. de R. V.

b d. l. C. de bon. matern.

c § 44. Inſt. de Rer. div.

d l. 8. § 3. C. de bon. qualib.

e l. 6. C. de donat. inter vir. & uxor.

f l. 3. C. de Uſuc. per Empt.

g l. 3. C. de Interdict.

h l. 9. § 6 ff. de Acq. Rer. dom.

i l. 13. ff. eod.

k l. 36. ff. eod.

l in l. 49. de V. S.

quæ illud ſubtilitatis ludibrium, Juſtinianus ſuâ deciſione expulit nudumque jus Quiritium ſuſtulit [a]. Idem tamen alibi aliam diſtinctionem facit inter Dominium naturale & Civile, quando *res dotales* ait *naturaliter in dominio uxoris permanere, legum autem ſubtilitate tranſire in patrimonium mariti* [b]. Hoc tamen dominium civile veri propriique Dominii & nomen meretur & effectus habet. Sane maritum Dominum dici ſexcenta fermejuris loca manifeſto probant [c]. Cauſam qnoque dotis, eſſe titulum ad transferendum dominium ſufficientem, confirmat Juſtinianus [d], & totum illud caput *ff. pro dote*. Effectus hujus dominii ex eo liquet, quod non uxor, ſed maritus habeat Rei vindicationem [e], quod marito alienandi poteſtas nominatim interdicenda fuerit, legâ Juliâ, quæ ſupervacanea foret in illo, qui Dominus non eſſet: Quod maritus dotali ſervo libertatem dare poſſit [f]. Quodque ſervus dotalis heres inſtitutus, juſſu mariti, non uxoris, hereditatem adeat aut repudiet [g]. Diſſentiunt varii variè: tum, quod dos alibi dicitur mulieris proprium patrimonium [h], tum, quod maritus in rebus dotalibus dolum & culpam præſtat [i], tum quod penes mulierem fundi dotalis cenſetur manere poſſeſſio; ut propterea nulla ei ſatiſdandi neceſſitas ſit [k], tum ob alias rationes, quas omnes vel referre vel curatius evertere non eſt præſentis inſtituti. Satisfactum illis abundè ab aliis [l]. Nos non diſſimulamus dominium illud mariti habere quædam ſpecialia, quæ plena aliorum proprietas non agnoſcit. Dici tamen dominium, & potiſſimos effectus juris dominici habere, nemo negare poteſt; quin innumeris legibus vim inferat. Quæ cum ita ſint, nodum in ſcirpo quærunt, qui jus dotium à jure dominii ſegregant, eique ſpecialem locum inter jura in re aſſignant.

6. Porro aliud dominium poteſt dici naturale, quod modis juris gentium veluti occupatione, acceſſione, traditione acquiritur [m]: aliud civile, atque hoc iterum vel ſpecialiter ſic dictum, *quod ex legitimis & civilibus cauſis deſcendit*, vel prætorium *quod ex pratoria juriſdictione comparatum quis habet* [n]. Equidem Prætor non poteſt facere Dominum ſicut nec heredem [o]. Facit tamen quaſi Dominum eique jus quoddam verorum Dominorum tribuit. Sic b. f. poſſeſſori Prætor fingit adeſſe dominium, ex eoque ei Vindicationem, Publicianam ſcilicet actionem dat [p]. Quare & Paulus ait: *Bona fides tantundem poſſidenti praſtat, quantum veritas, ubi lex impedimento non*

eſt.

a tt. C. de nudo jure Quiritium toll. ibique Gotfr.
b l. 30. C. de Iur. dot.
c § 1. Inſt. Quib. alien. lic. l. 1. § 1. l. 13. § 2. ff. de fund. dot. l. 7. § 3. ff. de jure dot. l. 23 C. eod. l. 47. § ult. ff. de pecul.
d § 40. Inſt. de Rer. diviſ.
e l. 9. C. de Rei Vindicat.
f l. 3. C. de jure dot.
g l. 58. ff ſolut. matr.
h l. 3. § 5. ff de Minor. l. 16. ff. de rel. & ſumpt. fun. l. 4. de Collat.
i l. 17. ff. de jur. dot.
k l. 15. § 3. ff. Qui ſatiſd. cog.
l Vinn. ad d. § 1. Inſt. Quib. alien. licet.
m tt. Inſt. de Rer. diviſ. & Acq. ear. dom.
n § 3. Inſt. de act.
o pr. Inſt. de bon. poſſ. junct. § ult. de hered. qual. & diff.
p § 4. Inſt. de act.

est. Tandem dominium etiam Interpretes distinguere solent in plenum & minus plenum. Illud est jus, quo quis non tantum proprietatem, sed & usumfructum & utilitates ejusdem rei habet, quod JCtis & Imperatoribus non semel *plenum jus* vocatur [a]. Minus plenum est jus, quo res nobis propria est, sine usufructu, aut utilitate ejusdem, aut quo usumfructum & utilitates habemus, at non proprietatem. Illud, dicunt Directum: hoc, utile. Distinctionem hanc videtur illustrare Paulus JCtus, quando ait: *Si Tibi fundi Usus-fructus pure, Proprietas autem sub conditione Titio legata fuerit, pendente conditione Dominium proprietatis acquisieris, deinde conditio exstiterit pleno jure fundum Titius habebit, neque interest quod detracto usufructu proprietas legata sit, dum enim proprietatem acquiris jus omne legati Vsusfructus amisisti* [b]. Ergò quandoque pleno jure acquiritur dominium, quandoque non. Posteriori casu minus plenum dicere quid vetat? Displicet quidem distinctio hæc non infimæ sortis Authoribus. Et sane fatendum verba illa *minus plenum, directum, utile*, Dominio à Romanis juris conditoribus non tribui: quando tamen res ipsa à jure non aliena, jusque, sive dominium, sive dominio valde affine sit, hisce commodè exprimitur, doceturq;, tolerari ea posse parumq; referre putamus, sive dicas dominium utile, sive jus dominio proximum, sive simile: dummodo de rei ipsius naturâ & effectu recte sentias.

8. Videamus ergo species singulas dominii utilis, & an inter causas actionum in rem locum mereantur examinemus. Gothofredus [c], Alvarottus [d], & fere communis Interpretum schola sex statuit causas dominii utilis, 1. Emphyteusin, 2. Locationem ad longum tempus, 3. Superficiarium jus, 4. Contractum libellarium, 5. Precarias, 6. Feudum. Emphyteusis ab ἐμφυτεύω, id est, planto, insero, & per metaphoram melius reddo, dicta, significat aliquando contractum illum consensualem, quo Dominus usum & fructum & quasi Dominium prædii sui concedit alteri, hâc lege, ut prædium reddat melius & cultius, ac proprietatis agnoscendæ causâ, certam annuam pensionem solvat, quæ si Municipibus vel civitatibus debetur vectigal, si privatis canon dicitur [e]. Atque hic contractus ab Impp. alibi dicitur *contractus emphyteuticarius* [f]. Atque ex hoc contractu nascitur actio personalis. Aliquando emphyteusis accipitur pro *jure in re* ex tali contractu accedente traditione, aliisve legitimis modis acquisito, quod Justinianus *jus emphyteuticum* [g] nostri,

a l. 17 ff. Quib. mod. Vsusfr. amitt. l. 126. ff de V.O. l. 17. ff. de R.V. l. 11. C. de act. empt.

b l. 17. ff. Quib. mod. Vsusfr. amitt.

c ad l. 1. § 1. ff. de superfic.

d ad princip. feud. lib.

e § 3. Inst. de locat. & conduct. Nov. 1. c. 3. Nov. l. 20. c. 1. § 6. l. 1. ff. si ager Vect. vel Emph.

f l. 3. C. de jur. emph.

g l. 1. & l. 3. Cod. de jure emphyteut.

Dominium

Dominium utile vocare ſolent, ex quo naſcitur actio in rem, quæ datur emphytheutæ adverſus quemvis poſſeſſorem: etiam adverſus Dominum, quem vocant directum. Unde ait JCtus Paulus: *Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt à Municipibus, quamvis non efficiantur Domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adverſus quemvis poſſeſſorem, ſed & adverſus ipſos Municipes.* [a] *Ita tamen ſi vectigal ſolvant* (*ut monet Vlpianus* [b]) *idem eſt etſi ad tempus habuerint conductum nec tempus finitum ſit.* Non ergò dubium eſt jus emphytheuticum producere actionem in rem, adeoque eſſe jus in re, quod cum ad nullam aliam ſpeciem juris in re propius accedat quam ad Dominium, cumque emphyteuta non proprietatem, ſed utilitatem tantum rei habeat, non adeo incommodè dominium utile dicitur Interpretibus. Nec obſtat quod Paulus eum Dominum effici negat. Sentit enim de Domino proprietatis.

9. Secundam cauſam Dominii utilis Doctores vulgo faciunt locationem ad longum tempus, ex qua etiam poſt decennium jus illud in re naſci volunt; quæ ſententia, quamvis & magnis authoribus probetur [c], & variis juris locis firmari videatur [d], & jure ſingulari in nonnullis provinciis recepta ſit, tamen ſi ad amuſſim juris Civilis revocetur, conſiſtere nequit. Neque enim tempus, ſed conventionis qualitas hoc jure facit emphyteuſin. Neque indoles locationis aut conductionis eſt, ut inde dominium vel ſimile jus in re naſcatur. Hoc enim fieri ſolere expreſſè negat Ulpianus [e]. Quin & perpetuam locationem, tamen manere locationem, nec degenerare, juris conditores ſæpius innuunt. Unde Gordianus Imp. ait: *Viam veritatis ignoras, in conductionibus non ſuccedere heredes Conductoris exiſtimans: cum ſive perpetua conductio eſt, etiam ad heredes tranſmittatur, ſive temporalis, intra tempora locationis heredi quoque contractus incumbat* [f]. Similiter Ulpianus idem jus Exercitori tribuit: ſive navem ad tempus, ſive in perpetuum conduxit [g]. Huc pertinet & illud JCti Juliani: *Qui fundum colendum in plures annos locaverat, deceſſit & eum fundum legavit. Caſſius negavit poſſe cogi Colonum, ut eum fundum coleret, quia nihil heredis intereſſet. Quod ſi Colonus vellet colere, & ab eo cui legatus eſſet fundus prohiberetur, cum herede actionem Colonum habere, & hoc detrimentum ad heredem pertinere, ſicuti ſi quis rem vendidiſſet nec dum tradidiſſet, alii legaſſet, heres ejus emptori & legatario eſſet obligatus.* Sane ſi locatio ad plures annos tribueret jus in re, ſola actio perſonalis contra here-

a l. 1. § 1. ff. ſi Ager Vectigal.
b l. 2. eod.
c Bach. ad Weſ. ff. locat.
d l. 1. 2. 3. ff. ſi Ager Vectigal Nov. 120. pr. & c. 1. l. 1. ff. de ſuperficieb.
e l. 39. ff. locat.
f l. 10. C. de locat. & conduct.
g l. 1. § 15. ff. de Exerc. act.

dem non competeret huic Colono: neque comparari posset cum eo, cui res vendita, necdum tradita est, qui quidem nihil juris in re habet: neque posset à legatario prohiberi. Atque secundum hanc sententiam judicavit suprema Frisiæ curia, teste Sandio [a]. Nihil negotii facessunt loca Dissentientibus citata, quibus locatio impropriè & latius accipitur pro qualibet rei concessione ad usum etiam, quo utendo res consumitur [b]. Consequitur ergò locationem ad longum tempus causam juris in re aut actionis in rem minimè existere, nec utile Dominium tribuere.

10. Tertius locus superficiei assignatur. Superficies autem est quicquid supra faciem terræ est, ut plantæ, arbores [c], ædificium solo impositum [d]. Quod si cum alio contraxit quis, ut superficie vel ad longum tempus, vel perpetuo fruatur, superficiarius jus superficiei consequitur: quod producit actionem in rem. Nam ut ait Ulpianus & Paulus: *Superficiario id est qui in alieno solo superficiem habet, ut certam pensionem præstet, Prætor causâ cognitâ in rem actionem pollicetur* [e]. Ex conventione quidem de superficie nascuntur actiones personales *longe tamen utile visum est interdictum proponere & quasi in rem actionem polliceri. Quia autem etiam in rem actio de superficie dabitur, Petitori quoque in superficiem dari, & quasi usumfructum sive usum quendam, & constitui posse per utiles actiones, credendum est. Et si duobus sit communis (superficies) etiam utile communi dividundo judicium dabimus. Servitutes quoque Prætorio jure constituentur, & ipsæ ad exemplum earum, quæ ipso jure constitutæ sunt, utilibus actionibus petentur. Sed & interdictum de his utile competet.* Hæc Ulpianus [f]. Ex quibus manifesto satis liquet, jus illud superficiei esse jus in re, quod considerato effectu vel Dominium utile vel proximum aut affine Dominio dici potest, quamvis hâc loquendi formulâ non usi sint veteres juris Conditores.

11. Quarto in hunc censum refertur libellaria seu libellarius contractus, qui Definiente Cujacio [g] nihil aliud est quam *Venditio, quæ fit scripturâ, interveniente certo pretio, & hoc amplius certâ pensione constitutâ in annos singulos, & hâc plerumque lege, ut stato condictoque tempore contractus renovetur rursus numerato pretio certo vel arbitrario.* Quemadmodum de Emphyteusi, sic quoque de hoc contractu dubitatum fuit, sitne Venditio, an locatio, an emphyteusis, aliis aliud atque àliud censentibus. Usus autem proprium fecit. Nam & hoc speciale

a Decis. 6. def. 10.

b Vid. Hahn. ad Wes. ff. locat. n. 3.

c l. 13. ff. de S. R. P.

d l. 44. § 1. ff. de Obl. & Act.

e l. 73. 74. 75. ff. de R. V.

f l. 1. ff. de superficieb.

g ad lib. 4. feud. tit. 2.

ſpeciale habet, quod ſine ſcriptura non fiat, ceu conſtat ex conſtitutione Lotharii: unde & à libello vel inſtrumento libellarius dicitur: quodque præter certum pretium, certam quoque annuam penſionem requirat [a]. Nihilominus tamen venditio dicitur [b]. Dixi autem uſum hunc contractum proprium feciſſe. Juri enim Romano haud innotuit. Meminit quidem Juſtinianus juris Colonarii [c], & Leo Philoſophus [d] ſpeciei Emphyteuſis huic non abſimilis; ſed hæc à contractu hocce differre, neque modo dictis ſpecialibus hujus requiſitis opus habere, manifeſtum eſt. Nihil enim horum jus deſiderat Juſtiniani. Admodum tamen affinis huic eſt conventio, quæ Colonarium jus introducit, ſi quidem vera eſt deſcriptio parentheſi Novellæ ſeptimæ [e] incluſa hæcce: *Colonarium jus eſt, veluti ſi domum valentem centum ſolidos, & præſtantem penſionem decem ſolidorum accipiat quis ab Eccleſia, & det pro eo ſolidos centum, ſed amplius aut etiam minus: & quaſi tam de proprio aggravet ſe dare ſingulis annis quaſi penſionis more ſolidos tres. Iſte autem appellatur paraus, ſed ipſam domum ſub tam parva penſione in perpetuum & ipſe & heredes ejus poſſidebunt.* Nulla quidem hic venditionis nullaque renovationis, nulla intervenientis ſcripturæ, mentio. Sed tamen recte heic quoque libellarium contractum de rebus Eccleſiaſticis fieri prohiberi D.D. ſentiunt: cum quoad effectum, nulla ſit differentia inter utrumque. Utrobiq; enim alienatio fit. Unde libellarius contractus in feudis quoque prohibitus eſt [f], licet olim ex parte in feudis uſitatus fuerit [g]. Cæterum in libris feudorum ſæpius contractus libellarii & conventionis per libellum, & nominis libellarii fit mentio. [h] Ejuſdem mentio fit in Conſtitutione de pace Conſtantiæ Longobardis aliiſque Authoribus. Cum autem hâcce conventione res quodammodo vendatur, non dubium eſt, quin accedente traditione, jus quoque in re ſive dominium utile, ſive proximum dominio jus acquiratur indeque actio in rem detur. Ne quis tamen hoc (ut perperam nonnulli) idem putet jus cum emphyteutico: non unum diſcrimen obſervare licet. Emphyteuſis enim non ſolet renovari non mutato ſucceſſore: Libellaria certis ſtatiſque temporibus renovatur: etiam non mutato poſſeſſore, datâ certâ pecuniâ. Illa, ſub lege meliorandæ rei conceditur; hæc, non. Illa fit aliquando ad tempus, quandoque in perpetuum: Hæc ad tempus nunquam. In illa Commiſſo, non niſi poſt moram triennii in ſolvendo canone admiſſam, locus eſt: In

a *& feud. 9. § donare & 4. tit. 54. Vide Cujac. d. t.*
b *d. l. 2. feud. tit. 9. § 1.*
c *l. 24. C. de ſac. ſanct. Eccleſ. Nov. 7. pr.*
d *Nov. 13.*
e *in pr. § 1.*
f *l. feud. tit. 5. in fin.*
g *c. 1. de alienat. feud.*
h *lib. 1. tit. 2. & 4. § 5. & lib 2 tit. 9. & lib. 4. tit. 5. § 3 57.*

hâc, post biennium. Et si antiquis feudorum Conditoribus credamus. Emphyteuticarius inconsulto & invito Domino haud vendit. Qui per libellum contraxit contra[a].

12. Precaria quæ quintam causam Dominii utilis constituere dicitur, est conventio, quâ œconomus Ecclesiæ, vel etiam privatus, alteri dat rem, ut eâ utatur fruatur, quoad vixerit: vel ad certum aliquod brevius tempus, & ut eâ utatur fruatur gratis, vel etiam certâ constitutâ mercede, eâ tamen lege & conditione, ut is vicissim rem aliam suam ejusdem pretii donet Ecclesiæ, vel alteri, retento usufructu quoad vixerit ipse, vel ad certum tempus, quo finito, ususfructus cum proprietate consolidatur[b]. Hunc contractum primum avaritia Ecclesiasticorum adinvenit, ut scilicet pro usufructu prædii in modicum tempus concesso, duplex prædium reciperent; Probato autem jam atque recepto hoc contractus genere, non Ecclesiastici tantum, sed & alii uti poterunt; uti emphyteusis primum civitatibus concessa, inde aliis quoque recepta fuit[c]. Jus Canonicum hanc conventionem singulis quinquenniis renovari vult[d]. Toto cœlo autem precariam hanc differre à precario, in Pandectis explicato, nemo non videt. Illo enim, usus rei gratis conceditur, & pro lubitu concedentis quandocunque revocari potest[e]. Hæc precaria non item: cujus nec nomen, nec indolem veteribus JCtis innotuisse certum est. Justinianus contractum ipsum satis describit & Ecclesiasticis permittit, nullâ tamen factâ mentione precariæ, quod nomen ex Alemannorum & Pontificum legibus descendere videtur[f]. Justinianus δόσιν χρήσεως vocat. An autem hinc dominium utile descendat controvertitur. Negant veteres feudorum interpretes, Cujacius alii: Crebriori calculo tamen affirmatur. Illi usumfructum dicere malunt: freti tot fere juris locis, quot hujus conventionis meminere. Ubiq; enim fere concessio ususfructus vocatur. Sed illud quidem nomen nunc minus nunc magis: significat; aliquando speciem illam servitutis personalis, quę est jus utendi fruendi re alienâ, salvâ ejus substantiâ[g]. aliquando pleniorem utendi fruendi potestatem denotat, etiam quam ipse Dominus habet; quo casu Paulus JCtus *usumfructum proprietatem comitari*[h], & Julianus *usumfructum cum proprietate esse* dicit[i]. Feudum quoque dicitur ususfructus[k]. Est tamen ususfructus quidam plenior multumque differens à servitute illa personali, nec ejus regulis ubiq; conveniens. hoc sensu

a Cujac. d. l.
b l. 14. C. de SS. Eccles. Nov. 7. Nov. 120. c. 1. X. de precar.
c Vide Cujac. ad lib. 1. feud. tit. 5.
d c. 1. X. de precar. l. precaria caus. 10. q. 2.
e l. 1. ff. de precar.
f c. 1. X. de precar. add. Cujac. d. l.
g t. t. Inst. ff. & C. de Usufr.
h l. 126. ff. de V. O.
i l. 4. ff. si Usufr. pet.
k 2. feud. tit. 23. in fin.

su

su si & precariam seu jus ex precariâ ortum, usumfructum potius, quam dominium utile dicas, non repugnamus. Qui verò dominii utilis titulo heic uti malunt, hoc agunt ut precariam ab usufructu propriè dicto clarius distinguant. Et rectè quidem. Nam neque actio confessoria, neque cætera quæ de indole servitutis illius sancita sunt, heic locum habere poterunt, quod precariæ descriptio satis innuit. Et ipse Justinianus videtur speciẽ quandam dominii ei, qui precariâ jus ab Ecclesia accipit, tribuere, quando de præscriptâ lege & conditione precariæ ait: *Nisi enim hâc conditione pacta inita fuerint, ea quoque decernimus non valere, sed possessionem Ecclesiasticam tanquam nullo jure transcriptam in jure ipsius atque dominio permanere & ab Ecclesiasticis Oeconomis vindicari* [a]. Quid ergo si pacta secundum leges inita fuerint? possessiò recte transscripta, nec res pleno in dominio Ecclesiæ permanebit: nec ab Ecclesiasticis œconomis vindicari poterit. Illud certum est ex precariâ, accedente traditione, jus in re indeque actionem in rem nasci. Sive hoc dominium utile, sive jus dominico proximum, sive usumfructum quendam improprium dicas parum referre putamus.

a *l. 14. C. de S. S. Eccles.*

13. Deniq; in hunc censum refertur feudum, de quo res est expeditior & vel ex uno juris feudalis loco satis manifestum, Vasallum habere quasi dominium. Sic enim jure hoc cautum [b] *Rei per beneficium recte investita, Vasallus hanc habet potestatem, ut tanquam Dominus possit à quolibet possidente, sibi quasi vindicare. Et si ab alio ejus rei nomine conveniatur, defensionem opponere: Nam & servitutem eidem rei debitam petere potest & retinere.*

b *2. feud. tit. 8. § 1.*

14. Cæterum sæpius nobis facienda fuit mentio traditionis, ceu modi acquirendi Dominii, aut juris Dominio proximi, cum Impp. Diocletianus & Maximianus sic sanciant: *Traditionibus & usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* [c]. Traditio est possessionis datio [d]. Estque vera vel ficta. Illa fit cum res mobilis de manu in manum datur: aut in rei immobilis possessionem quis inducitur; quæ JCtis alibi naturalis datio dicitur [e]. Hæc fit vel per fictionem brevis manus vel per symbolum. Priori modo *veluti si rem quam tibi aliquis commodaverit, aut locaverit, aut apud se deposuerit, postea aut vendiderit tibi, aut donaverit, aut dotis nomine dederit. Quamvis enim ex eâ causâ tibi eam non tradiderit, eo tamen ipso quod patitur tuam esse, statim tibi acquiritur proprietas perinde ac si eo more tibi tradita fuisset* [f].

c *l. 20. C. de pact.*
d *L. 3. § 1. ff. de acq. empt.*
e *l. 8. ff. de pecu.*
f *§ 43. Inst. de Rer. divis.*

 Atque

Atque hoc Ulpianus dicit brevi manu fieri; quia ubi hæc ex diversis causis duplex traditio necessaria videbatur, una vice utriusque fungitur. Contra, cum circuitu sit traditio, veluti si pecuniam tibi debitam non in manu tradam, sed ante oculos deponam post abs Te recipiendam, jam plenè dicitur traditio *longa manu* fieri [a]. Per symbolum fit traditio, veluti cum traditis clavibus horrei merces eodem contentæ traditæ intelliguntur [b], vel cum signi impositione res signata ei tradita censetur, cujus est signum [c]: vel etiam cum res propius aut è longinquo demonstratur: [d]. In rebus incorporalibus etiam sola patientia est loco traditionis [e]. Traditio autem in dictâ Constitutione Dioclet. & Maximiani intelligitur qualiscunque, sive vera sit, sive ficta, dummodo non sit nuda. Nam ut ait Paulus [f], *Nunquam nuda traditio transfert rei dominium. Sed ita si venditio aut alia justa causa præcesserit propter quam traditio secuta sit.* Quod si de aliâ causâ non constet, traditio tamen consulto facta sit, donatio præsumitur [g]. Sed & id extra dubium est traditione dominium non transferri, nisi & tradens habeat alienandi potestatem [h], & res sit idonea nec alienari prohibita, & ni tradens accipiensque in hoc consentiant, ille, ut transferat dominium, hic, ut consequatur [i]. Quid ergò si in causâ dissentiant *veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu eum Tibi deberi?* Julianus *non animadvertit cur inefficax sit traditio, dummodo in corpus consentiamus. Nam* (inquit) *etsi pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratiâ, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse quod circa causam dandi & accipiendi dissenserimus* [k]. Sed regula illa in universum non videtur probari Ulpiano quando ait: *Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse, sed an mutua sit videndum? & puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri cum alia opinione acceperit.* Implacabile heic dissidium Juliani & Ulpiani statuunt Contius [l], Bachovius [m], Wissenbachius, Matheus alii. Connanus [n], Donellus [o], aliiq; verba illa Ulpiani *magisque nummos accipientis non fieri*, intelligi volunt de dominio irrevocabili. Alii Juliani dictum, ad errorem Ulpiani, ad dissensum restringunt. Alciatus [p], eumque secutus Pacius [q], in dicto Juliani *creditam pecuniam* accipiunt pro *debitâ*. Atque sic (ut vult Arumæus [r].) Julianus loqueretur de dissolvendâ obligatione Ulpianus de constituendâ. Majorem autem favorem habet faciliusque

a l. 79. ff. de solut. adde l. 1. § 21. ff. de Acq. poss.
b § 44. Inst. de Rer. divis.
c l. 9. § 7. ff. de Acq. Rer. dom.
d l. 18. § 1. ver. in mea turre ff. de Acq. poss.
e l. ult. ff. de servitut.
f l. 31. pr. de Acq. rer. dom.
g l. 53. ff. de R. I.
h § 42. Inst. de R. d. l. 9. § 5. de A. R. D.
i l. 55. ff. de O. & act.
k l. 36. ff. de Acq. Rer. dom.
l 1. disp. 9.
m ad Tr. de mutuo O. 4.
n 3. Com. 7.
o 4. Com. 18.
p 5 Parerg. 15.
q 3. quæst. 67.
r ad Inst. de Rer. divis.

que admittitur diſſolutio illa, quam conſtitutio [a]. quod, quamvis probabile videatur præ cæteris, verendum tamen, ne non aliud ſenſerit Ulpianus, aliud Julianus. Cum uterque contrariis rationibus utatur. Ille enim ſententiæ ſuæ rationem adfert diverſitatem opinionum in cauſâ traditionis. Hic, diverſitatem illam in cauſâ traditionis nihil operari ait, dummodo non ſit diſſenſus de corpore. Ille dicit ob eam cauſam nummos accipientis non fieri. Hic proprietatem tranſire affirmat. quæ ut pugnantia non ſint, vix effeceris.

15. Quando autem diximus traditione transferri dominium, traditionem autem nihil aliud eſſe quam dationem poſſeſſionis, videtur dicendum, ejus rei dominium cujus poſſeſſio eſt penes alium traditione minimè transferri, adeoque vacuam hic poſſeſſionem neceſſariò requiri, quod quidem poſt Hottomannum, Contium & alios, multis contendit Vinnius [b]. contra Bartoli, Baldi, Accurſii, Azonis & communem DD. ſententiam Donello [c], aliiſq; recentioribus quoquè non improbatam. Re penitius inſpectâ nihil occurrit quod nos movere poſſit aut debeat, ut à via Regia & communi ſententia diſcedamus. Neque enim vacuæ poſſeſſionis neceſſitas ullo juris loco requiritur. Traditione acquiritur dominium: Traditio autem fieri poteſt, etſi alius poſſideat: ad eamq; ſufficit ſi res ſine impedimento tenenda detur. Dicitur quidem alibi & Nobis ipſis Traditio poſſeſſionis datio. At verbum *poſſeſſionis* non tantum detentionem, ſed & jus detinendæ rei ſignificat, ut infra ſuo loco videbimus. Et cum dominium ſine vacuâ poſſeſſione haberi poſſit. Cumque ſæpe in judicio poſſeſſionis cauſâ cadat, qui tamen cum de proprietate agitur, victor evadit, cur vacuam poſſeſſionem ad acquiſitionem requiramus? Quæ ratio facit ut Dominus qui nudam proprietatem habet, hanc in alium transferre non poſſit traditione, cum tamen quodlibet aliud jus transferre poſſit? Quid? Homo liber qui in ſervitute eſt poſſidere nequit cum ipſe poſſideatur. Dominium tamen ipſum acquirere poſſe Gajus teſtatur. Clarius Tryphoninus rem definit, quando ait, *Si fundum quem Titius poſsidebat* (ergo poſſeſſiò non fuit vacua) *bonâ fide longi temporis poſſeſsione ſibi poterat quærere Mulier ut ſuum marito dedit in dotem* (ergo dominium tranſtulit, dare enim eſt dominium transferre, [f] & maritus fit Dominus dotis, ut ſupra vidimus.) *eumque petere neglexerit vir, cum id facere poſſet.* Ergo potuit petere, hoc eſt vindicare iſtum fundum uti quilibet maritus rei

dotalis

a *l. 47. ff. de O. & A.*

b *illuſt. quaſt. 11. ad Comm: Inſt. de Rer. diviſ. § 40.*

c *l. diſp. 8. 4. Comm. 19.*

f *l. 5. l. 34. ff. l. 2. C. de Acq. poſſ.*

g *l. 1. § 2. ff. ubi poſſidet l. 2. § 1. ff. de acq. poſſ.*

h *l. 118. ff. de R. I. l. 54. § ult. ff. de A. R. D.*

i *l. 10. § 4. ff. de A. R. D.*

k *§ 4. Inſt. de act.*

dotalis vindicandæ jus habet tanquam Dominus [a]. *Rem periculi sui fecit* (id est periculo se exponit cui domini fundi dotalis expositi sunt si alienent) *Nam licet lex Iulia quæ vetat fundum dotalem alienari pertineat etiam ad hujusmodi adquisitionem, non tamen interpellat eam possessionem* [b]. Ergò maritus contra legem Juliam dominium hoc casu alienare, censetur. Certum ergò est, dominium eum habuisse, licet vacuam possessionem non habuerit, illudque sine hâc acquiri posse. Adferunt varii varia ad eludendum hoc Tryphonini responsum. Alii, fundum non in dotem datum aut traditum, sed destinatum: Alii mulierem actiones suas marito in jure cessisse, non fundum verè in dotem dedisse: alii alia comminiscuntur. Sed comminiscuntur, aliud respondente Tryphonino. Paulus quoque ait *vacuam possessionem non tradi cum creditores in possessionem missi sunt* [c]. At qui eadem possunt alienari: [d]. & Dominus alienans dicitur desinere rem habere [e]. alius verò eam suam facere [f]. Ergò res sine vacuâ possessione tradita acquiri poterit [f] Vinnius quidem aliique multa contra addducunt, quæ tamen vel de occupatione rerum nullius tantum loquuntur; adeoque aliena à quæstione sunt: vel principium petunt: certè parum solida & à Donello aliisque diluta sunt. Ut ad legem Dioclet & Maximiniani revertamur, constat jam Traditionibus qualibuscunque & usucapionibus (de quibus nullum est dubium) dominia rerum transferri. *Non* (verò) *nudis pactis inquiunt*. Pacta nuda intelligentes non ea quibus Prætor actionem negat [g]. quæque alias contractibus opponi solent; sed omnes qualescunque contractus, quos traditio deficit. Conventionum vires ulterius se protendere nequeunt, quam ut contahentes obligatos reddant: jus in re vero non tribuunt. Unde nec dominium transferunt, nisi accedat traditio. Ratio videtur, quod ad consequendum jus re necessarium sit, ut res quodammodo potestati acquirentis per traditionem subjiciatur, quæ quidem ratio aliis ita placet, ut ne jure quidem Gentium aliter dominium acquiri posse persuasi sint: sed rectius Grotius [g] existimat inventum hoc juris Civilis esse, nec rationem intercedere naturalem, quominus Domini voluntate Dominium ad alium transeat. Jus Civile hoc permittit ultimis voluntatibus aliisque casibus. At jure naturæ nulla distinctio horum actuum tradita est. Errant sane qui jure Civili dominium sine traditione inter privatos transire negant. Transit in hereditatibus & bonorum possessione [h], in legatis, [i], in commissis [k].

a *l. 9. C. de R. V. & per ea quæ supra diximus.*
b *l. 15. ff. de fund. dot.*
c *l. 2. § 1. ff. de act. empt.*
d *l. 1. ff. quæ in fraud. Cred.*
e *l. 3. § 2. eod.*
f *l. 3. § 4. Inst. de pact.*
g *lib. 2. de jure bell. & pac.*
h *l. 1. ff. de bon. poss. l. facta 63. ff. ad Sc. Treb.*
i *l. 64. ff. de furt. l. legatum de legat. 2.*
k *l. 14. ff. de public. vect. & Commiss.*

in

in adjudicatis in judicio familiæ Ercifcundæ, communi dividundo finiumque regundorum [a]; & in arrogatione [b], Arrogationi non multum abſimilis eſt Monachatus [c], Idem de beneficiis Eccleſiaſticis & aliis volunt DD. At inquis cur ergò Imperatores in dicto reſcripto Uſucapionis & traditionis tantum faciunt mentionem? Scilicet non animo enarrandi omnes modos acquirendi dominium: ſed docendi, quid ad hoc valeant conventiones. Et quoniam qui cum Domino contrahit, traditionem modum juris gentium adhibeat; qui cum non Domino, uſucapionem modum juris Civilis impleat oportet. Cæterum & ab hâc Regulâ de traditionibus excipiunt. 1. ſi quid vendatur aut donetur Eccleſiæ. Ita DD. freti authoritate Juſtiniani [d]: qui tamen hoc expreſſè non dicit, ſed *longævam tantum exactionem concedit*: quam interpretes communi calculo ſic explicant, ut Eccleſia etiam res exigere poſſit non traditas, ſed nudâ conventione promiſſas. 2. Si Princeps quid donet. Equidem qui legem de traditionibus ferre poteſt, traditionem quoque in ſuo facto omittere poteſt, ſi velit. Velle autem non cenſetur, niſi ſe velle hoc ſignificet. Cæteroquin non receſſurus præſumitur à jure communi, ex cujus regulis itaque contractus ejus metiendus. 3. Huc quoque ſolent adferre locum Juſtiniani quo is dicit *interdum ſine traditione dominium transferri* [e]. Sed ille intelligi tantum poteſt de verâ traditione. Subeſt enim quaſi traditio per fictionem brevis manus. 4. Exceptionem Canoniſtæ faciunt in donatione mendicis: adducto reſcriptio Pontificis [f]. Sed nec hoc ſatis ad rem. 5. Excipiunt caſum in reſcripto Honorii & Theodoſii ſic ſancientium [g]: *Quisquis rem aliquam donando, vel in dotem dando, vel vendendo, Uſumfructum ejus retinuerit, etiamſi ſtipulatus non fuerit eam continuo tradidiſſe credatur, nec quid amplius requiratur quo magis videatur facta traditio, ſed omnimodo idem ſit in his cauſis uſumfructum retinere quod tradere.* Ergò & hic quaſi traditio, ſcilicet retentio uſusfructus eſt pro verâ neque omnis traditio abeſt. 6. Excipi ſolet pactum Commiſſorium, ex quo dominium ad Venditorem videtur redire ſine traditione [h]. At illud quidem dominium nunquam abiiſſe videtur [i]. Quemadmodum etiam ex pacto, *ne ancilla proſtituatur* & ut liceat eo caſu manum injicere, datur vindicatio [k], non ex dominio per pactum hoc denuo acquiſito, ſed quod vetus dominium pendente conditione nunquam diſceſſerit. Hæc ergò conſi-

a § ult. Inſt. de Off. Iud.
b l. pen. §. 2. ff. de bon. poſſ. ſec. tab.
c Nov. 5.
d in l. ut inter 23. C. d. 55. hac Sanct. Eccleſ.
e § 44. Inſt. de Rer. diviſ.
f c. 2. x. de Conſecra.
g l. 28. C. de donat.
h l. in fin. C. de pact. int. Emp. & Vend.
i l. 2. § ſi ſub Conditione ff. pro Emptore.
k tit. C. mancip. & tit. ſeq. l. ſi quis 56. ff. de contr. Empt

milesque veræ exceptiones haud sunt. Evidentior autem 7. est illa in contractu societatis omnium bonorum, *in quo quæ coëuntium sunt continuo communicantur* teste Paulo [a]. Rationem subjungit Gajus. [b] *Quia licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenisse.* Creditur ergò hic intervenisse traditio, quamvis neque ipsa intervenerit, nec factum aliud loco ejus præter ipsam conventionem. Huic. 8. non absimilis est casus quem refert Celsus [c], *cum inquit quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere, nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere & alium possessorem ministerio meo facio.* Doctores hoc *Constitum possessorium* dicunt, quod argumentum in foro satis frequens integro tractatu explicat Tiraquellus. Cæterum regula illa de traditionibus & usucapionibus acquirendo dominio legibus & moribus plærarumque Provinciarum tum Imperii Romano-Germanici, tum Belgicarum, aliorumque vicinorum locorum, non est recepta in rebus soli, sed præter traditionem requiritur Magistratus authoritas, utque res mancipetur in jure: quod quam diu factum non est, fundus in bonis venditoris manet [d].

a l. 1. §. 1. ff. pro soc.
b l. & eod.
c l. 18. pr. ff. de acq. vel om. poss.
d Groenwegende legib. abr. ad d. l. 20. Wissenb. ibid.

Pars III.

De Hereditate.

1. Hereditas hoc loco sub Dominio continetur. Heres etiam sæpe dicitur Dominus. 2. Hereditas quot modis in jure accipiatur: aliquando pro Universitate bonorum, aliquando pro modo acquirendi, aliquando pro titulo, aliquando pro rebus hereditariis. 3. aliquando pro jure hereditario: quod est species juris in re & actionem in rem producit.

1. Hæc de dominio, sub quo etiam hereditarium jus comprehensum dicere, quam novam speciem juris in re facere maluimus; imitati Veteres Juris conditores & Imperatores, qui non tantum inter juris in re species nullam hereditatis mentionem faciunt [e], sed etiam hereditatem speciem quandam dominii esse, non uno loco significant [f]. Unde & heres Dominus [g] & qui hereditatem petit suum petere [h] & vindicare dicitur [i]. Sed hæc de dominio alias accepto intelligenda. Alias Domini heredisque jura multum differre nemo non intelligit. Ex illo datur Rei Vindicatio, ex hoc petitio hereditatis. 2. Ne vero ambiguitas vocis heic difficulta-

e in d. l. 3. §. 12. ad exhib. l. 13. §. 1. C. de judic.
f l. 1. ff. de bon. poss. l. 57. ff. d. A R d. l. 23. ff. d. Ac. poss.
g l. 48. ff. de hered. instit.
h l. 10. §. 1. ff. d. pet. her.
i l. 8. l. 10. §. 1. ff. eod.

ficultatem pariat, videndum quot modis in jure dicatur hereditas. Primo enim aliquando accipitur pro Universitate illâ bonorum quam defunctus reliquit. Hinc Africanus [a], *Bonorum appellatio sicut hereditatis universitatem quandam ac jus successionis & non singulares res demonstrat*. Atque hæc accessionem & decessionem in se recipit; nec in corpore semper consistit, sed juris intellectum habet [b]: adeoque & hereditas est, licet non adsint res quas ex eâ capere possit heres; Licet damnosa sit heredi, cui sufficit jus illud quo capere potest, quæ capturus fuerat defunctus, & oneribus obnoxius fit, quibus erat defunctus. Unde ait Pomponius: *Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem; juris enim nomen est, sicut bonorum possessio* [c]. Atque sic dicitur hereditas ad nos pertinere [d], hereditas peti [e], acquiri [f], vendi [g], possideri [h]. Secundo accipitur pro modo acquirendi juris [i] Civilis. Tertio, prò titulo, sive causâ ad transferendum dominium idoneâ [k]. Quarto pro rebus hereditariis [l]. Et sane frustra Seneca [m] inter argutas JCtorum ineptias refert distinctionem inter hereditatem & res hereditarias. Differre enim hereditatem non tantum à singulis, sed & universis rebus hereditariis, manifestius est quam ut probari debeat [n] Quin eâdem ratione effecerit Seneca ut Ususfructus & res fructuaria idem sint. Παράδοξον tanto Philosopho indignum! ideoque Senecam excusat Marcus Lyclama [o], verba illa non docenti Philosopho, sed interroganti discipulo tribuens. 2. Quinto denique accipitur hereditas pro jure quæsito in Universitatem illam à defuncto relictam: quod ad eandem vindicandam producit actionem in rem & personam mixtam: petitionem scilicet hereditatis [p]. Hoc jus in re quandoque dicitur *dominium hereditatis* [q]: item *Universum dominium defuncti* [r] *jus hereditatis, vel successionis* [s] *jus hereditarium* [t]. Quo sensu etiam hereditas dicitur ad nos pertinere [v], à nobis peti [x], & vindicari [y]: quibus omnibus jus in re argui manifestum est. Ecquod evidentius juris in re argumentum esse poterit, quam actio in rem, quam ex hoc jure nasci manifestum est? Frustra hic objicias actiones in rem scriptas non nasci ex jure in re: cum hæ ab illâ immane quantum differant: sive nomen respicias, sive indolem. Hæ suâ naturâ personales sunt [z], Illa in rem. Unde & has ex obligatione; illas ex jure in re nasci certum & Ulpiano disertis verbis comprobatum est. *Petitio hereditatis* (scribit) *etsi in rem actio sit, habet*

a l. 208. ff. de V. S.
b l. 178. § hereditas ff. ea l. 50. ff. de pet. hered.
c l. 119. ff. d. V. S.
d l. 1 ff. de pet. hered.
e l. 4. eod.
f l. 1. 2. ff. de acq. vel. om. her.
g t. t. de hered. vel ad vend. ff. & C.
h l. 5. ff. de pet hered.
i §. ult. Inst. per quas person.
k t. t. ff. & Cod. pro herede.
l t. t. ff. & C. Expilat. hered.
m lib. 6. de benef. c. 5.
n l. 1. ff. de bon. poss.
o l. 3. Membr. Eccl. 9.
p l. 18. § 15 ff. returam. de pet. her.
q l. 48. ff. d. hered. Inst.
r l. 70. ff. d. V. S.
s l. 1. ff. si pars hered. pet.
t l. 5. § ff. d. his qui ff. vel dejec. l. 6. ff. de relig.
v tit. 3. ff. de pet. her.
x t. t. ff. & C. de pet. her.
y l. 8. ff. eod.
z l. 3. § 3. ff. ad exhib. l. 9. § ul. ff. Quod met cau.

tamen præstationes personales, quas præstationes personales uti & mixtam petitionem hereditatis naturam, suo loco fusius explicabimus: hâc vice jus in re asseruisse contenti. At inquiat non nemo: cum hereditas juris intellectum habeat, sæpeque res nullas contineat, in quibus jus aliquod fundatum existere possit, quomodo dicetur tum jus in re? an non potius vocabimus jus sine re, vel jus in jure? Sed quemadmodum jus petendi non desinit esse jus, etsi propter inopiam adversarii inanis sit actio [a], sic jus hereditarium non desinit esse jus in re, etsi propter inopiam defuncti, hereditas quandoque damnosa sit aut inanis. Utique effectus juris in re manet. Dum heres jus succedendi in universum defuncti dominium illudque vindicandi jus habet, quamvis cum detrimento. Cæterum hæc species à plærisque juribus in re cum in aliis, tum in hoc etiam differt: quod ipso jure acquiratur. Unde ait Gaius [b]. *Factâ in fidei commissarium restitutione, statim omnes res in bonis fiunt ejus, cui restituta est hereditas, etsi nondum earum nactus fuerit possessionem.* Et *suos heredes vivo patre quodammodo dominos esse rerum paternarum Justinianus affirmat* [c]. Non dubium ergò est quin heres statim possit persequi quicquid defunctus reliquit: quando autem constare non potest, an velit sibi acquiri, necesse est ut vel sui se immisceant, vèl extranei hereditatem adeant, aut pro herede se gerant [d]. Et quoniam tum demum manifestum fit jus heredi quæsitum, hereditas Juris Authoribus sic acquiri dicitur, quæ tamen ipso jure ad heredem transiit. Sed satis pro instituto de Dominio & jure hereditario.

a l.6.ff. de dolo malo.

b l. 63. ff. ad sc Trebell. adit. ff. de bon. poss.

c § 2. Inst. de her qual. & differ.

d t. t. ff. de acquir. vel omitt. hered.

PARS IV.

De Servitute.

1. Servitus secunda species juris in re definitur. Definitionis explicatio. Servitus est personalis vel prædialis. Nulla datur mixta. Explicatur locus Modestini quo Dissentientes nituntur. 2. De speciebus Servitutis personalis. Dantur plures species servitutis personalis quam ususfructus, usus & habitatio. Etiam servitus prædialis potest fieri personalis. De emendatione l. 14. ff. de alim. leg. Explicatur l. 10. ff. de ann. legat. Consuetudo etiam servitutes quæ videntur personales facit perpetuas. 3. Ususfructus quid? Nullus est ususfructus causalis. Quasi ususfructus etiam est jus in re. Potestque etiam inter vivos vel à lege

lege constitui. Differentia inter quasi Usumfructum inter vivos constitutum & mutuum. 4. Servitutes prædiales, sine dubio, sunt species plures in re sive rustica sive Urbana sunt. Potest etiam rustica fieri Urbana. 5. Quomodo hoc jus in re constituatur: ubi videnda Dispositio legis inumediata, factum Judicis & actus privatorum. 1. à lege immediatè debetur Usufructus Patri bonorum filii adventitiorum. 2. pro præmio emancipationis. 3. conjugi ob secundas nuptias. 6. Quomodo facto judicis acquiratur servitus in duplicibus tantum judiciis: non in aliis ut vulgò volunt. 7. Facta privatorum triplicia. Promissio inter vivos. Constitutio ultimæ voluntatis & acquisitio per usucapionem. Servitus propriè promissione non constituitur. Aliud ergo servitus promissa aliud constituta si propriè loqui velimus. Explicatur l.[illegible].ff. de Servitute. 7. Ultimâ voluntate sine dubio constituuntur servitutes. De Usufructu tamen dubitatur. Defenditur media sententia, neque ante aditam hereditatem usumfructum transire; neque post aliud factum requiri. Explicatur l. 1. ff. quando dies Usufr. leg. 8. Servitus quomodo usucapione acquiratur. De usucapione hac diversa jura diversis temporibus fuere. Jure novissimo usucapiuntur instar rerum immobilium. Requiritur ergò etiam titulus non verò requiritur scientia Domini Aliud Pragmatici & usus forensis, aliud jus Romanum hic volunt.

1. Secundam speciem juris in re diximus Servitutem, quæ *est jus quo res alteri rei vel personæ servit* [a]. Dicitur *Res* ut excludantur servorum personæ, quæ, quamvis alias rei nomine quoque veniant, non tamen jure hujus servitutis, sed jure Dominii serviunt: nec actionibus pro hâc servitute competentibus, sed aliis vindicantur. Dicitur *alteri*: ut intelligatur nemini res suas servire, jure scilicet [b] servitutis. Præstant quidem utilitatem sed jure dominii ut modo de servis diximus. 2. Ut doceatur in servitute prædiali, alterum serviens, alterum dominans, ut loquuntur Doctores. a. potiori autem solet fieri domininatio, ita ut si prædium dominans sit urbanum, vel rusticum, servitus quoque dicatur Urbana vel rustica. Dicitur *vel personæ*, ne excludatur servitus personalis, quâ res personæ utilitatem præstat. Dicitur *servit*, hoc est: utilitatem præstat: quod quidem ad substantiam pertinet servitutis. Nisi enim utilitas adsit, servitus dici nequit. Nam ut ait Pomponius [c] „*Quotiens nec hominum nec prædiorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest non valet; veluti ne per fundum tuum eas aut ibi consistas. Et ideo si mihi concedas jus tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur:* Quoniam autem quædam servitutes non possunt utilitatem rei vel prædio adferre si longius distent, consequitur, in illis quoque Vicinitatem prædiorum requiri: id quod post Neratium, Proculum, Attilicinium, Ulpianus

a l. 1. ff. de servitus.

b l. 5. ff. si Usufr. pet. l. 26. ff. d. servit. præd.

c L. 15. ff. de servit.

confirmat [a], Ubi vero utilitas expediri potest sine vicinitate prædiorum, nulla hujus est necessitas [b]. Utilitas autem heic intelligitur non tantum præsens, sed & futura [c]. Et amoenitas pro utilitate habetur [d]. Atque hinc constat servitutem aliam esse personalem cum ad personam utilitas redit, aliam realem seu prædialem, quæ prædio servit. DD. vulgo etiam mixtam servitutem faciunt, quam persona debeat rei, *Veluti cum Mævia decedens servis suis nomine Sacco & Eutichiæ & Hirenæ sub conditione libertatem reliquit his verbis: Saccus servus meus & Eutichia & Hirene ancillæ meæ, omnes sub hâc conditione liberi sunto, ut monumento meo alternis mensibus lucernam accendant & solemnia mortis peragant.* qui casus est Modestini [e], Sed nihil hic est quod servitutem aut jus in re redoleat. Neque enim hic servitus est quæ à servando dicitur, & ad dominium spectat, cum Modestinus hos servos liberos pronunciet sive conditionem impleant, sive non. Neque servitus est quâ persona prædio utilitatem præstat: cum hi servi tantum Officio judicis cogantur testatricis jussioni parere, teste eodem Modestino. Ergò hic est tantum nuda obligatio faciendi, & nisi factum præstetur, actio personalis non confessoria, quæ pro servitutibus competit [f]. 2. De speciebus personalium servitutum etiam malè convenit inter Interpretes. Sunt qui præter Usumfructum & usum nullas agnoscunt [g]. Alii etiam quamplurimas alias admittunt, & servitutem prædialem posse fieri personalem, si ad utilitatem personæ referatur, opinantur. Unde Donellus [h], Corasius, Duarenus, Costalius [i], alii, pomum decerpendi spatiandi cænandi in alienos servitutem personalem faciunt & quod Paulus ait [k]: *ut pomum decerpere liceat & ut spatiari & ut cænare in alieno possimus, servitus imponi non potest.* De servitute prædiorum, non personali intelligunt, quod licet duriusculum videatur Bartholo, Baldo, Cujacio, aliis, cum textus generaliter & indistinctè servitutem imponi posse neget: Consentaneum tamen videtur, si & naturam servitutis personalis, & jura servitutum curatius perpendamus. Primò quidem alienum non est à jure Romano veterumque juris authorum sermone, si servitus simpliciter dicta, de servitute prædiali intelligatur, quamplurimis id juris locis comprobantibus [l]. Deinde natura servitutis personalis est, ut prædium serviat vel utilitatem præstet personæ. At idem contingit in jure pomum decerpendi & similibus. Sane conventionem illam valere & obligatio-

nem

a *l. 5. § 1. ff. de servit. præd. Rust.*
b *l. 14. § 1. ff. de servit. Rust. præd. l. 17. § pen. ff. de Aq. & Aq. pluv. arc.*
c *l. pen. ff. de servit. fin. ff. si servit. l. Vind.*
d *l. 3. ff. de Aq. quot. & est.*
e *l. 44. ff. de Mannumiss. test. add. l. 71. § 2. ff. de Cond. & demonst.*
f *vid. Don. 9. Com. 21. & seqq.*
g *Wissemb. Disp. jur. Civ. 40. ff. 4. post Cujac. 24.*
h *l. 11. Com. c. 1.*
i *ad l. 8. ff. de servit.*
k *l. 8. ff. de servit.*
l *l. 2. l. 4. ff. de servit. l. 5. & seqq. ff. d. S. R. P. l. 2. ff. si servit. vind. § ult. Inst. de Usu & hab.*

nem parere, largiuntur etiam illi, qui servituti huic personali locum & nomen haud concedunt. At quid obstat quominus accedente ad obligationem traditione, vel quasi, jus in re & servitus inde nascatur? Ipse JCtus Paulus eodem libro 15. ad Plantium, quo de servitute pomi decerpendi supra dictum responsum dedit, manifestò satis confirmat servitutem prædialem fieri personalem, quando ait *figulinas in quibus ea vasa fiunt, quibus fructus fundi exportantur, aut ut dolia fiant vel tegulæ ad viam ædificandam:* (adeoque si ad utilitatem prædii pertineant, *servitutem prædii esse. Sed si ut vasa venirent, figulinæ exercerentur usus fructus*, hoc est servitus *personalis erit* [a]. Ulpianus quoque aquæ haustum & pecoris ad aquam appulsum, quæ sine dubio servitutibus prædiorum annumerantur [b], personis tamen etiam utiliter relinqui posse ait. Hinc sive textum [c] uti in Florentino & aliis Codicibus legitur retineas, aquæ haustus erit servitus personæ: sive cum Corasio, Vinnio [d] & aliis, ita emendes, *Nam & haustus aquæ & pecoris ad aquam appulsus est servitus, personæ tamen ei qui vicinus non est utiliter relinquitur.* Consequitur tamen jus, quod alias est prædii rustici servitus, personæ relinqui & nihilominus servitutem, proinde & servitutem personalem esse. Cæterum emendationem illam etsi Codicum authoritas deficiat, jubet tamen sani sensus ratio, propositum Ulpiniani, nec non quæ antecedunt, quæque sequuntur istum versiculum. Ferenda etiam magis hæc est emendatio, quod cum aliis juris capitibus convenit. Nam & Pomponius ait: *Si quis unas ædes quas solas habet, vel fundum tradit, excipere potest id quod personæ non prædii est veluti usum & usum fructum. Sed etsi excipiat ut pascere sibi vel in habitare liceat. Valet exceptio: cum ex multis saltibus fructus perci peretur & habitationis exceptione, sive temporali, sive usque ad mortem ejus qui excepit usus videtur exceptus* [e]. Jus pasceudi servitutem prædii rustici alias esse, nemo negat [f]. At idem jus Pomponius facit heic personale & cum usufructu & usu comparat, quando ejus utilitas ad personam refertur. Deambulandi & gestandi jus alias ad servitutes rusticas relatum [g] Ulpianus personalibus quoque accenset [h]. Et Modestinus ait: *Usus aquæ* (qui aliàs etiam in censu jurium prædiorum est: [i]) *Personalis est, & ideo ad heredem Usuarii transmitti non potest* [k]. Neque aliter Paulus in libris responsorum [l] *Lucius Titius ait G. Seio fratri. S.P. De aquâ fluente in fontem, quem pater meus in Isthmio instruxit, do concedoque tibi gra-*

a l.6 ff. de servit. Rust. præd.
b l. 1. § 1. l. 20. in fin. ff. de servit. Rust. præd. § 3. Inst. de servit.
c in l. Mela 14. ff. de aliment. leg.
d ad Inst. de servit.
e l. 32. ff. de Usufr.
f § 2. Inst. de servit.
g pr. Inst. d. Servit.
h l. 12. § 1. ff. de Usu & habitat.
i § 2. Inst. de servit.
k l. 19 ff. de Usu & habit.
l l. pen. ff. de servitut. Rust. præd.

gratuito digitum, sive ad domum quam in Isthmo tenes sive quocumque tandem volueris: Quaro an ex hac scriptura etiam usus aqua ad heredes Gaji Sey pertineat? Paulus respondit usum aqua personalem ad heredem Seji quasi Vsuarii transmitti non oportere. Minimè officit hisce, quod Paulus alibi dicit [a] *neque servitutem in personam, neque in rem jure constitutam esse, Si Cajus Sejus pradia diversis pagis Mavia & Seja legavit, & ita cavit: prastari autem volo ex pradiis Potitianis Lutatianis, annua arundinis millia treceña, & salicis munda annua librarum singula millia.* Hic enim servitus alias prædialis non destinatur ad utilitatem personæ adeoque nec personalis fieri potest. Prædialis autem esse nequit, quod præstatio annua est, quæ finitur morte legatarii [b]: quod alienum est à naturâ servitutum prædiorum. Consequitur ergò plures esse servitutum personalium species, & ex commemoratis negotiis non tantum obligationem, sed & jus in re, indeque actionem confessoriam nasci. Quin etiam hodie moribus tum Germaniæ [c], tum Galliæ, servitutes tales prædiales effectæ sunt, ita, ut pago vico vel prædio uni ab altero, jus pascendi, ligna secandi, glandis legendæ, pomi ad certam quantitatem decerpendi debeatur, instar servitutum perpetuarum: quod & ad jus venandi & similia pertinet [c].

3. Cæterum potissimas species servitutum personalium esse Usumfructum & usum constat. Ille, *est jus alienis rebus utendi fruendi salvâ earum substantiâ* [d]. Unde liquet, usumfructum quem Interpretes causalem vocant, quique proprietati [e] adhæret, huc minimè pertinere. Neque enim rebus suis quis utitur fruitur jure servitutis, sed dominii. Neque Dominus agit actione confessoriâ, sed rei vindicatione, aut aliis remediis. Quare Ulpianus ait: *Vti frui jus sibi esse solus potest intendere qui habet Vsumfructum: Dominus autem fundi non potest, quia qui habet proprietatem utendi fruendi jus separatum non habet. Nec enim potest ei suus fundus servire.* Hujus loci ergò est Ususfructus à proprietate separatus, qui inde merus, nudus solusque sæpe vocatur [f].

Proprius autem sit ille usus fructus, aut improprius, sive earum rerum quæ usu consumuntur haud interest. Vterque pertinet ad hanc speciem juris in re. Neq; refert an quasi ususfructus ultimâ voluntate, an inter vivos constituatur. Postquam enim Senatusconsultum contra rationem juris Civilis non aliud jus utendi fruendi agnoscentem,

a *l.2.ff.de ann. leg.*

b *d.l.12.ff. de ann. legat.*

c *Zasius Ioh. Faber Geilius quos refert & sequitur Busius ad l.8.ff. de servit.*

d *pr. Inst. de Vsufr.*

e *l.5.ff.si Vsusfr. petetur.*

[f] *l.10.ff.de Vsu & Vsufr. legat.*

ſcentem, quam quod exerceretur, ſalvâ rei ſubſtantiâ, rerum fungibilium, quæ uſu conſumuntur uſumfructum legari permiſit, nihil obſtat, quominus ſic etiam inter vivos, vel à lege relinquatur. Unde & Patri in bonis filii adventitiis conſtitutus uſusfructus, in rebus fungibilibus quoque locum habere intelligitur: & pactis ſtipulationibuſque hic quoque Uſusfructus conſtituetur: tum quod ſufficiat res hasce ſic eſſe in commercio, tum quod eadem utilitatis ratio, cujus meminit SCtum, inter vivos quoque locum habeat. ut recte [a] Mejerus, Bachovius Hahnius aliique [b] arguunt; à quibus non rectè divortium faciunt Connanus [c]. Hottomanus Weſembecius, Treutlerus & alii: quorum ſententia quidē & verbis SCti; & toto titulo ff. de Uſufructu earum rerum quæ uſu conſumuntur, & fragmentis Ulpiani, in quibus omnibus mentio tantum legati Uſusfructus fit, juvari videtur: Sed potior verbis eſt ratio utilitatis. Ipſeque Ulpianus monet *ex legibus accipiendum eſſe tam ex legum ſententiâ, quam ex verbis* [d]. Sane uti publicâ authoritate opus fuit ad introducendum hunc quaſi Uſumfructum, ita nihil impedit quominus jam introductus, tam inter vivos, quam ultimis voluntatibus conſtituatur: etſi occaſione ultimarum voluntatum primum introductus ſit. Jura paulatim increſcere ſolent. At, inquis, quænam differentia inter quaſi Uſumfructum inter vivos conſtitutum & mutuum? permagna. Mutuum quovis tempore repeti poteſt: Quaſi Uſusfructus non poteſt: Illud cautionem ſuâ naturâ non deſiderat: Hic, maximè deſiderat. Illud, morte non extinguitur: hic extinguitur. Illud conſiſtit intra limites contractuum, hic ſervitutis formam & ſpeciem juris in re induit: Unde ex illo datur tantum condictio ſeu actio in perſonam: Ex hoc actio in rem confeſſoria.

a *lib. 10. Conv. 4.*
b *ad tit. ff. de Uſufr. ear. rer. quæ Uſu conſ.*
c *tit. de legatis §. Senatus.*
d *l. 6. ff. d. V. S.*

4. De Servitutibus prædialibus nulla eſt difficultas. Sive enim ſint prædiorum Urbanorum, ut oneris ferendi, tigni immittendi, altius non tollendi, ſive prædiorum ruſticorum, ut iter, actus, aquæ ductus, &c. certum eſt omnes illas ſpecies eſſe jura in re. Cum & ruſtica ſervitus poſſit fieri Urbana, ſi ad utilitatem prædii Urbani tendat [e], & urbana contra fieri ruſtica [f]: uti prædialem quandoque in perſonalem mutari ſupra vidimus,

5. Cæterum inſtituti noſtri ratio nunc exigere videtur, ut conſideremus quomodo hoc jus in re conſtituatur. Ubi contemplanda

e *l. 20 §. 3. ff. de ſervit. Urb. Præd.*
f *l. 2. ff. de ſervitut. R. præd.*

venit. 1. Dispositio legis immediata. 2. Factum Judicis. 3. Actus privatorum. Ex dispositione legis absque operâ hominum debetur. 1. Ususfructus Patri in bonis filii adventitiis [a] licet ad secundas nuptias transierit [b]. Nisi tamen filio aliter legatum sit [c]: aut is simul cum patre ad hæreditatem admittatur [d]: aut ob delictum parentis quid acquirat filius [e]: aut à Principe donatum accipiat [f]: aut ipso herede instituto, Pater adire recuset [g]. 2. Patri in dimidiâ parte bonorum filii emancipati, idque pro præmio emancipationis [h]. 3. Conjugi ad secundas nuptias transeunti; iis in bonis, quæ ex liberalitate prædefuncti Conjugis, aut successione liberorum percepit [i]. Jus accrescendi, item mariti in dotem, nec non Vsucapio, Vsusfructus perperam à nonnullis [k] huc referuntur.

6. Factum Judicis intelligimus, cum is in duplicibus judiciis, veluti familiæ Erciscundæ, communi dividundo & finium regundorum, ut commodior sit divisio, alteri proprietatem, alteri usumfructum adjudicat [l]. Interpretes vulgò hoc protendunt ad quascunque sententias Judicum: etiam aliis in judiciis latas: jamque generaliter definiunt, etiam exinde dominium transferri. Sed hic insignis error est rectè notatus Antonio Fabro [m] aliisque. Nam & Imperator in Institutionibus [n] expressè ait: *Quod istis judiciis alicui adjudicatum fuerit, id statim ejus fit cui adjudicatum est.* Non dicit in genere *quod alicui adjudicatum fuerit*: sed restringit orationem ad *ista judicia*; duplicia scilicet, quorum ante meminerat. Sic & JCti in Pandectis duplicibus istis Judiciis hunc effectum tribuunt, aliis non æquè [o]. Ulpianus in fragmentis quæ supersunt ubi de dominiis & adquisitionibus eorum agit [p], hoc etiam luculenter confirmat, hisce: *Adjudicatione dominia nanciscimur per formulam familiæ erciscundæ, quæ locum habet inter coheredes, & per formulam Communi dividundo, cui locus est inter socios: & per formulam finium regundorum, quæ est inter Vicinos. Nam si judex uni ex heredibus aut sociis aut Vicinis, rem aliquam adjudicaverit, statim illi acquiritur, sive mancipi, sive nec mancipi sit.* In aliis Judiciis rem judicatam in factum actionem parere, respondent Imperatores [q]: Dominium inde transire nullo juris loco animadvertere licet.

7. Facta privatorum quibus servitutes acquiruntur triplicia fere occurrunt. Scilicet promissio, quæ fit inter vivos: Constitutio ultimâ voluntate & acquisitio per Usucapionem. Quantum ad pro-

missionem

a § 1. *Inst. per quas person. cuique acq. l. 6. C. de bon. q. lib.*
b *l. fin. C. de bon. mat. Nov. 22. c. 1. N. 127. c. 3.*
c *N. 117. pr.*
d *Nov. 118. c. 2.*
e *Authent. Idem est C. de bon. q. lib. Nov. 134. § Quia non.*
f *l. 7. C. de bon. q. lib.*
g *l. ult. C. d. t.*
h § 2. *Inst. per quas person. cuique acq.*
i *l. 3. C. de sec. Nupt. authent. in donat. auth. ex testamento. C. eod.*
k *Bacer. 4. Cl. 8. t. 30.*
l *l. § ult. Inst. de Off. Iud. l. 6. ff. de Vsufr. l. 16. § 1. ff. fam. Ercisc.*
m *Decad. 98. error. 7.*
n *d. § ult. de Off. Iud.*
o *d. l. 6. d. l. 16.*
p *tit. 19.*
q *l 8. C. de reb. Cred.*

missionem inter vivos Imperator ait: *si quis velit Vicino aliquod jus* (servitutem) *Constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet*[a]. Hæc quidem de servitutibus prædialibus. Neque tamen aliter de personalibus. *Sine testamento* (ait) *si quis velit Usumfructum alii constituere pactionibus & stipulationibus id efficere debet*[b]. Sed hæc crassiori Minervâ dicta ad amussim juris revocanda & curatius distinguenda sunt. Neque enim stipulatione aut venditione aliisve contractibus servitus, hoc est jus in re constituitur, ut actione in rem vindicari possit; Sed promittitur sic duntaxat, ex quá promissione nascitur obligatio & actio personalis, adversus promittentem, ut vel patientiam vel aliud factum accommodet & jus in re constituat: quemadmodum ex contractu venditionis emptor dominium non consequitur, sed tantum accedente traditione. Uti in aliis, conventiones sunt tantum causæ, non autem modi acquirendi jus in re, sic & in servitutibus: quod tum generalis ratio juris[c], tum specialis Justiniani Constitutio de servitutibus promissis personalem tantum actionem concedens[d], indubitatum reddunt.

Ergò tersius loquentibus aliud est servitus constituta, aliud promissa: quamvis neque Justiniano neque veteribus distinctio harum semper observata fuerit. Res ipsæ tamen distinctæ sunt *Servitutes* (ait *Papinianus*[e]) *ipso quidem jure neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem, (verbi gratiâ quamdiu volam) constitui possunt*. Quin tamen hæc omnia promissioni adjici possint non est dubium. Unde sic pergit JCtus. *Sed tamen si hæc adjiciantur, vel pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti*. Sensus & ratio hujus legis Bartolo aliisque non satis intellectæ atque difficilis hic est: *Ipsum jus* sive ipsa natura servitutum prædiorum est, ut perpetuo & pure serviant, neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad conditionem constituantur. Ratio, quia prædiis adhærent, & continuæ, individuæ, & perpetuæ prædiorum qualitates sunt[f]: quod tamen secus est in Usufructu qui prædio non cohæret & dividuus est[g]. Stipulationum autem cæterarumque promissionum natura non ità respuit adjectionem temporis aut conditionis[h]. Cæterum Hillirgero, Bachovio, Hahnio aliisque visum est puram promissionem in servitutibus non minus valere, quam Constitutionem, atque æquè jus in re operari: at iis quæ jam jacta à Nobis sunt fundamentis juris,

a § 4. Inst. de servit. præd. Urb. & R.

b § 1. Inst. de Usufr. l. 2. ff. eod.

c l. 3. ff. de O. & A. l. 20. C. de pactis.

d l. pen. C. de Usufr.

e l. 4. ff. de Servit.

f l. 28. ff. de Servit. Urb. præd. l. 23. § 2. ff. de S. R. P.

g l. 4. & 5. ff. de Usufr.

h § 2. Inst. de V. Obl.

convenientior est sententia, promissionem tantum generare obligationem: ut autem jus in re inde nascatur, opus esse quasi traditionem quandam accedere: sive illa sit cessio, quæ frequens fuit Romanis[a], sive sit cautio, quam alicubi requirit Pomponius[b] & Labeo[c], sive sit in deductio in prædium servum, aut usus acquirentis & Domini constituentis patientia. Unde Ulpianus ait[d]: *Si de Usufructu agatur tradito, publiciana datur. Itemque servitutibus Urbanorum prædiorum per traditionem constitutis, vel per patientiam, forte si per domum quis suam passus est aquæ ductum transduci: item rusticorum. Nam & hic traditionem & patientiam tuendam constat.* Idem JCtus alibi[e] ait: *Traditio plane, & patientia servitutium inducet officium Prætoris.*

Huc faciunt & illa Javoleni[f], *Quotiens via aut aliquod jus fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, per te non fieri quominus eo jure uti poßit, quia nulla ejusmodi juris vacua traditio esset. Ego puto usum ejus juris pro traditione poßeßionis accipiendum esse.* Labeonis sententiam totidem fere verbis probat Pomponius quando ait[g]: *Si iter, actum, viam aquæductum per tuum fundum emero, vacuæ poßeßionis traditio nulla est: itaque cavere debes per te non fieri quo minus utar.* Neque aliter Gajus[h]: Heres (ait:) *dare intelligitur Usumfructum, si induxerit in fundum legatarium, eumve patiatur uti frui.* Quorsum ab omnibus hisce juris Authoribus toties facta mentio traditionis aliorumque qui loco ejus sunt actuum? Quorsum tam auxia de traditione disquisitio, si sola promissio sufficit? Non latuit hoc dissentientibus. Sed excipiunt loco traditionis admittitur patientia, ea vero tacitè inest promissioni. Sed illa exceptio non minus adversatur modo citatis JCtorum responsis, quam ipsa adsertio de promissione jus in re transferente. Cum JCti ubique apertè satis ostendant, se non tacitam & nullo actu externo declaratam patientiam, sed vel cautionem, vel inductionem in fundum, vel aquæ-transductionem, vel simile quidpiam desiderare. Ad quid horum actuum curata semper commemoratio, si hæc promissioni tacite inesse creduntur?

8. Quantum ad ultimas voluntates, non dubium est, quin uti dominium aliaque jura in re iis transferuntur sine traditione, sic quoque servitutes acquiri possint. Quod in prædiorum juribus minus controversum, sed in usufructu non adeo expeditum est. Donellus[i], Hilligerus ad eundem, Frantzkius[k], Ludwellus[l], Bachovius[m], Harprechtus[n], aliique, ceu ex aliis legatis jus in re rectâ

viâ

a l.39. ff. d. Serv. v. P. l.3. §2 & 3. l.11. l.14 ff. de Serv. R. P.
b l.3. §2. ff. de act. empt.
c l. ult. ff. de Servit.
d l.11. §1. ff. de publ. in rem act.
e l.1. in fin. ff. de serv. Rust. præd.
f l. ult. ff. de servit.
g l.3. §2. ff. de act. empt.
h l.3. ff. de Usufr.
i 10. com. 5.
k ad tit. ff. de Usufr. accresc. n.3.
l ad §1. Inst. d. Usufr.
m ad Wes. de Usufr. n. ult. & ad Tr. d.16 t.7.
n ad §2. tit. Inst. de Usufr. n.115. p.422.

vià transit ad legatarium, ita quoque in usufructu evenire putant. Antonius Faber verò [a], Wesembecius[b], ad eumque Hahnius cum aliis, speciale in legato usufructus statuunt, nec cum ultimâ voluntate constitui, aut jus in re actionemve confessariam inde competere volunt, nisi heres hereditatem adierit ab eoque usufructus datus vel quasi traditus fuerit. Pars utraque argumentis non contemnendis nititur. Verissima tamen est sententia neque ante aditam hereditatem jus in re ad Usufructuarium transire, neque post aditam factum aut traditionem heredis requiri. Utraque propositio certissimis nititur juris fundamentis. De priori non sinit nos dubitare Ulpianus [c] quando ait: *Dies usufructus aut usus non prius cedet quam hereditas adeatur.* Notum autem est cedere diem nihil aliud esse, quam incipere deberi, authore eodem Ulpiano [d]. Unde consequitur, ante aditam hereditatem Usumfructum minimè deberi. Rationem addit JCtus hisce: *Tunc enim constituitur usufructus, cum quis jam frui potest. Hac ratione etsi servo hereditario usufructus legetur, Julianus scribit quamvis cætera legata hereditati acquirantur, in usufructu tamen personam Domini exspectari, qui uti & frui possit.* Videtur heic JCtus respicere ad indolem tum Usufructus, tum hereditatis jacentis, seu non aditæ. Ille est jus alienis rebus utendi fruendi salvâ earum substantiâ [e]. Hæc, est res nullius: nam adita demum hereditate omnia jura ad nos transeunt [f]. Itaque si usufructus ante aditam hereditatem daretur, foret non in rebus alienis, sed nullius, neque sic inveniret correlatum suum scilicet proprietatem. Et quamvis hereditas aliquando repræsentet personam heredis futuri [g], aliquando personam defuncti [h], hoc tamen nec semper, nec quovis casu procedit. Ne verò quicquam dubii de usufructu ante aditam hereditatem haud competente reliquum maneat, Ulpianus subjicit: *Non solum Usufructus ante aditam hereditatem dies non cedit, sed nec actio de usufructu* [i]. Removet itaque non tantum jus in re, sed & effectum ejus, actionem confessoriam, quæ inde nasci solet [k]. Quid clarius? quid manifestius hisce? Nunc altera propositio probanda; scilicet aditâ hereditate servitutem hanc legatam cum actione confessoriâ competere Usufructuario ipso jure, nullâ etiam accedente traditione similive facto heredis. Id verò ex dictis jam pene constat. Dū enim Ulpianus sollicitè inquirit & definit quando competat usufructus legatus ejusq; actio, nec quicquam præter aditionē

a Dec. 65. error. 2.
b in par. ff. de Usufr. & alt.
c l. un. ff. Quando Usufr. legat. dies ced.
d l. 213. ff. d. V. S.
e l. 1. ff. de Usufr. pr. Inst. eod.
f l. 25. ff. de Acq. Poss.
g l. 24. in fin. ff. de Novat.
h l. 31. ff. d. hered. instit. § 2. Inst. eod.
i d. l. un. ff. Quando Usufr. legat dies ced. § 4.
k § 2. Inst. de act. l. 2. ff. si servit. Vind.

hereditatis desiderat, satis innuere intelligitur, nullum præterea factum necessarium ad hoc esse. Et cum exæquatis hodie legatis eò deventum sit, ut jus in re rectâ viâ transeat ad legatarium[a]: cumque in usufructu nihil speciale sit, quod ipsum excipiat, nisi quod ante aditam hereditatem non cedit, cur sublato hoc speciali impedimento, non habeatur jure communi? Adde quod olim in legato vindicationis, hoc jus sine dubio rectâ viâ transierit ad legatarium: quod omnibus legatis hodie æquatis, nunquam non transire debeat. Huc facit & illud Juliani[b]: *Si Titio fundus & ejusdem fundi Usufructus legatus fuerit, erit in potestate ejus fundum an usumfructum ejus vindicare malit.* Quemadmodum ergo Titius fundum vindicare potest sic quoque usum fructum. At vindicantur servitutes actione confessoriâ, quæ non datur nisi cui servitus jam competit. Solum ergò legatum facit ut Titio servitus debeatur & vindicari possit, etsi heres non tradiderit, dummodo hereditatem adierit. Vim huic legi faciunt, qui eam restringunt ad casum, quo legatarius neglecto usufructu rei vindicatione fundum petit. Julianus enim non solius fundi, sed & Usufructus vindicationem manifestò concedit. Taceo nunc, quod Usufructus legato constitui alibi sæpius dicitur[c], cum ad id forte excipi possit pactionibus etiam usumfructum dici constitui. At silentio minimè prætereundum, quod idem Julianus ad Urserum Feracem scribit[d]: *Si homo cujus Ususfructus legatus erat, ab herede nunquam possessus subreptus fuisset: quæsitum est quia heres furti actionem non haberet, an usucapi posset? Sabinus respondit nullam ejus rei usucapionem esse, cujus nomine furti agi posset, agere autem furti eum qui frui deberet posse: Quod sic accipiendum est, ut fructuarius poterit uti frui, aliter enim homo in causâ non perduceretur. Sed si utenti, jam & fruenti homo abductus fuerit, non solum ipse sed etiam heres furti agere poterit.* Ergò usufructuarius non tantum habet furti actionem, præ herede, sed etiam uti frui potest etsi heres rem fructuariam nunquam possederit, adeoque nec tradere potuerit. Non officit hisce quod actio ex testamento ei detur cui ususfructus legatus est[e]. Cum ea actionem in rem minime excludat, cumque ejusdem legati nomine, & in personam & in rem agi posse ipse Justinianus planum faciat[f], Neque officit, quod Pomponius notat[g] heredem à quo ususfructus fundi legatus sit, ad id quod interest teneri, si ante constitutum Usumfructum fundo huic servitutem impo-

a l. 64 ff. de furt. l. un. C. Com. de leg. & fid.

b l. 10 ff de Usu & Usufr. legat.

c l. 25. § fin. ff. de Usufr.

d l. 35. ff. de Usucap.

e l. 1. § 2. l. 2. ff. si usufr. pet. l. 13. C. eod.

f § 2. Inst. de legat. l. 1. C. Comm. de legat. & fidec.

g l. 2. ff. si Usufr. pet.

imposuit: unde colligendum videtur, jus ad fructuarium non rectâ viâ transiisse, sed penes heredem adhuc fuisse; siquidem aliàs, quod nudam proprietatem haberet, servitutem imponere non potuisset[a]. Alii textum hunc explicant de Usufructu sub conditione legato[b]. Potest etiam non incommodè respondêri, Pomponium, dum vult quod interest ab herede servari, non tamen ideo affirmare, servitutem jure impositam: neque negare adversus eum qui servitutem vindicat, negatoriâ agi posse, sed loqui de casu, quo Usufructuarius contra heredem ex testamento agit, ad tradendam possessionem vel quasi usufructus legati, in quo judicio heres non potest, nisi ad interesse condemnari, cum deteriorem factum Usumfructum aliter resarcire non possit. De abolendâ servitute contra alium judicio experiundū erat fructuario. Hinc quoq; haud obscurè intelligitur frustra dictis nostris opponi ea juris loca[c] quæ usufructuarium ab herede petere, heredem autem illi usumfructum dare volunt. Hoc enim de tradenda tantum quasi possessione accipiendum. Sane uti Javolenus ait[d]: *Cum heredes instituti sumus, aditâ hereditate omnia quidem jura ad nos transeunt, possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad Nos non pertinet.* Ita Vsufructuarius etsi aditâ hereditate jus quidem seu servitus ad eum transeat, possessionem tamen non habeat, ideoque hanc ab herede seu confessariâ, seu actione ex testamento petere necesse habebit. Et quidni jure utatur aliorum legatariorum, quibus non propriâ authoritate, sed mediis legitimis possessio acquirenda est. Si secus fecerint, non tantum jus suum amittunt[e] sed & heredi ad revocandam sic malè occupatam possessionem, interdictum quod legatorum competit[f].

8. Acquisitio per usucapionem hujus juris in re, servitutum scilicet, non ita expedita, sed admodum perplexa est. Neque Justinianus hanc rem adeo exactè finire potuit, quin hodieque magnus controversiarum de ea labyrinthus supersit. Ita malè leges cum legibus, cum interpretibus interpretes convenire videntur. Planior ut fiat res, ante omnia tempora discernenda erunt. Lex XII. tabb. et. jus civile antiquum, non admisit aliam usucapionem quam rerum mobilium & immobilium, teste Justiniano[g]. Incorporales ergo quæ propriè nec mobiles, nec immobiles, sed alterius & proprii generis sunt[h], usucapi non potuere. Rationem reddit Gaius[i] & Paulus[k], quod verè possideri non possint, JCtis autem

usum

a *l. 15. § ult. ff. de usufr.*

b *Molinaeus cum quo consentit Harpr. ad § 2. Inst. d. Vsufr. p. 423.*

c *l. 2. ff. de Vsufr. d. l. 2. ff. si Vsufr. pet.*

d *l. 23. ff. de Acq. vel. am. poss.*

e *l. 5. C. de legat. l. 7. C. Unde Vi. l. 13. ff. Quod met. caus. pen. ff. de Vi privat.*

f *tit. ff. Quod legator.*

g *pr. Inst. de Vsuc.*

h *Inst. de Reb. corp. & incorp.*

i *l. 43. § 1. ff. de acq. Rer. dom.*

k *l. 3. pr. de acq poss. l. 14. ff. de servit.*

usum & patientiã pro possessione interpretantibus [a] & moribus paulatim inductum est, ut res incorporales instar corporalium biennio usucaperentur, quod jus viguit etiam tempore Ciceronis qui *Fundus*, (inquit) [b] *à patre relinqui potest; at usucapio fundi, hoc est finis solicitudinis & periculi litium non à patre relinquitur, sed à legibus: Aquaductus haustus, iter actus à patre: sed rata authoritas harum rerum omnium à jure Civili*: quo loco jus Civile legibus hoc est juri scripto oppositum, non aliud quam jus moribus introductum denotare, aliis probatum est [c]. Cum autem biennalis illa servitutum usucapio forte nec ab initio omnibus probaretur, neque post satis commoda videretur *Lex Scribonia* (ut ait Paulus [d] *eam usucapionem sustulit qua servitutem constituebat*. Hanc legem Tiberii tempore à Lucio Scribonio Libone Lucii Scribonii Libonis filio latam, probabili ratione suspicatur Rævardus [e]. Sane non minus de Urbanis, quam rusticis servitutibus locutam fuisse indistinctum Pauli responsum planum facit: in quo etiam Florentina lectio Holoandrinæ, pro *Scribonia Voconiam* habenti, præferenda. Sustulit ergo lex Scribonia biennalem rerum incorporalium usucapionem: non autem præscriptionem temporis, cujus memoria non extaret. Unde Ulpianus ait [f], *Viæ vicinales quæ ex agris privatorum collatis factæ sunt, quarum memoria non extat, publicarum viarum numero sunt*. & Pomponius [g]: *ductus aquæ cujus origo memoriam excessit jure constituti loco habetur*. Sed & Prætor tuebatur eos, qui per longum tempus nec vi nec clam nec precario servitute usi erant, utilemque iis actionem dabat; id quod Ulpianus disertis hisce verbis confirmat [h], *Si quis diuturno usu & longâ quasi possessione jus aquæ ducendæ nactus sit, non est ei necesse dicere de jure quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo, sed utilem habet actionem ut ostendat per annos forte tot usum se non vi non clam non precario. Agi autem hac actione poterit non tantum cum eo in cujus agro aqua oritur, vel per cujus fundum ducitur. Verum etiam cum omnibus agi poterit quicunque aquam non ducere impediunt, exemplo cæterarum servitutum*. Idem Ulpianus alibi [i] *Hoc* (inquit) *jure utimur ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint*. Huc facit Imperatoris Antonini rescriptum cum ad Calphurniam, quo ait [k]: *Is qui Iudex erit longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet, modo si is qui pulsatur nec vi nec clam nec precario possidet*. tum & alterum [l] ad Martialem: *Si aquam inquit* per

a l. ult. ff. de servit.

b Orat. pro Cæcinna.

c Ravard. ad L. Scribon.

d l. 4. § ult. ff. de usucap.

e d. lib. ad L. Scrib. p. 801.

f l. 3. ff. de locis & itiner. publ.

g l. 3. § 4. ff. de Aqua quot. & æst.

h l. 10. ff. si servitus Vind.

i l. 10 § 1. ff. de usuc.

k l. 1. C. de Servit. & aqua.

l l. 2. C. eod.

per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quæsivisti. Denique Justinianus uti universum jus usucapionum transformavit, confusâ quodammodo usucapione cum longi temporis præscriptione [a], sic quoque servitutes instar rerum immobilium non minus usucapione, quam longi temporis præscriptione acquiri voluit. Postquam enim dixerat res immobiles decennio inter præsentes & vicennio inter absentes usucapi, & præsentes declararat qui in eadem provinciâ erant [b], *Eodem* (inquit) *observando etsi res non soli sint, sed incorporales, veluti ususfructus & cætera servitutes*: quo ipso quidem omnis quæstio de servitute decisa videtur, nisi DD. vetera jura à novo hocce non satis distinguentes, novas inde difficultates parerent. Imprimis controvertitur an in hac præscriptione requiratur titulus, an & scientia Domini. De titulo negat Costalius [c], Cæpolla [d], Bronchorstius [e], Wissenbachius [f], alii, obtendentes ea juris loca, quæ non de transformatâ Justinianicâ usucapione, unde actio directa, sed antiquâ longi temporis præscriptione, ex quâ actio utilis nascebatur loquuntur. Hujus rei Cynus rationem reddit, quod hic non perdatur dominium vel quasi, sed solum tantum in aliquo gravetur. Dignum patella operculum! De scientia etiam affirmat Costalius [h], Donellus [i], Giphanius [k], Bronchorstius [l], alii: moti imprimis responso Antonini Imperatoris [m], dicentis, *si sciente Martiale aquam duxisti*; nec non Javoleni [n], patientiam requirentis. Sed aliena sunt & hæc loca à quæstione: cum non loquantur de usucapione transformatâ. Imo locus Javoleni ne quidem de usucapione aut præscriptione: sed de servitute emptione aut simili pactione, cui accedere debet traditio, acquirendâ. Antoninus quoque non facit mentionem scientiæ Martialis, quod absque illâ servitus longo tempore quæri non potuerit possitve: sed quia eo in facto sic contigerat. Neque enim dubium est longi temporis præscriptionem etiam adversus ignorantes olim habuisse locum. Neque J Cti ad eam amplius requirunt, quam ut quis non vi, non clam, non precario usus sit servitute [o]. Sed quid juribus antiquatis immoramur? Res Justiniani Constitutione sic expedita est, ut non dubium sit servitutes instar rerum mobilium usucapi. Atqui harum usucapionis uti generaliter omnium usucapionum indoles requirit titulum; scientiam verò Domini minimè requirit: quod etiam nominatim confirmat dicta Justiniani constitutio *bonum initium*

a *tit. C. de Vsuc. transform.*
b *l. un. in fin. C. de long. temp. præscr.*
c *in l. 10. ff. si serv. vind.*
d *de servit. Vrban. c. 20. n. 8.*
e *1. antin. 93.*
f *Dissp. jur. Civil. 11. & 30.*
g *ad l. 2. C. de servit. & Aq. n. 5.*
h *d. l.*
i *11. Comm. 11.*
k *ad d. l. 2. C. de servit.*
l *2. antin.*
m *l. 2. C. de servitut. & Aqua.*
n *l. ult. ff. de servitut.*
o *d. l. 10 ff. si servit. vind.*

tium exigens, ſcientiam attendi vetans. Poteſt tamen etiam ſcientia eſſe loco tituli. Quem enim juſtiorem titulum allegabit actor, quam ſi ipſum fundi Dominum ſcientem prudentemque aquam per poſſeſſionem ſuam duci paſſum, ſimilive jure ſe ipſo nec inſcio, nec contradicente longo tempore uſum doceat. Non tamen hic titulus unus & perpetuus in hâc uſucapione, ſed & aliis locus eſt, quibus res immobiles uſucapi ſolent. Atque hæc quidem certi juris Romani ſunt: à quo longum abeunt Pragmatici noſtri, diſtinguentes inter ſervitutes *continuas* & *diſcontinuas*. Continuas dicunt, quæ actu & potentiâ continuo in uſu ſunt, nec facto hominis indigent, ut ſervitus luminum, ſtillicidii, altius non tollendi, proſpectus, atque hâc (ut & maxime ſervitutem perſonalem, quod animo ejus poſſeſſio retineri poſſit, quod ſecus putant in prædialibus, cum prædia animum non habent) interveniente ſcientiâ & patientiâ adverſarii, longo tempore acquiri volunt. Diſcontinuas dicunt, quibus non continenter, ſed per vices uti poſſumus, uti ſunt ſervitutes prædiorum ruſticorum, iter; actus, via, jus poſcendi & ſimiles, quibus eo tantum tempore cujus initii memoria non extat, præſcribi putant. quæ ſententia certè à jure Romano alieniſſima eſt: ſed tamen in foro & ſummis Imperii judiciis receptam eam teſtantur Gaillius [a], Minſingerus [b], Schneidewinus [c], alii. Belgarum Gallorumque moribus ſervitutes non longi, ſed longiſſimi temporis præſcriptione demum acquiri, poſt Grotium, Antumnum aliosque obſervat Groenwegen [d]. Cum quo fere convenit jus Saxonicum, triginta annos & diem unam ad quarumcumque ſervitutum proſcriptionem requirens [e].

a *2. obſ. 66.*
b *4. obſ. 53.*
c *ad tit. de ſervit. urb. & ruſt. Inſt.*
d *ad l. 1. C. de ſervit. & aqua.*
e *Landrecht. lib. 1. artic. 29.*

Pars V.

De Poſſeſſione.

1. Poſſeſſio unde dicta, accipitur variè, vel pro re poſſeſſâ, vel pro uſucapione, vel pro jure poſſeſſionis vel pro poſſeſſione improprie dicta illorum, qui non poſſident, ſed in poſſeſſione ſunt. 2. Propria poſſeſſio quid? Alia naturalis alia Civilis. Quid naturalis? quid Civilis? 3. Explicatur locus Ulpiani. 4. An duo eandem rem in ſolidum poſſidere queant? Veteres & recentiores putarunt quidem contrarias hâc in re eſſe JCtorum opiniones, ſed non ſunt. JCtorum hæ ſententiæ vel ab aliis non rectè intellecta vel non rectè explicata. 5. Uſufructuarius non poſſidet. Controvertentes hac de re videntur λογομαχεῖν. 6. Poſſeſſionem & jus

jus possidendi differunt. 7. Possessionem esse speciem juris in re probatur. Ubi varii DD. errores redarguuntur. Interdicta an pertineant ad actiones in rem, an ad personales? 8. Quomodo acquiratur hoc jus in re. 9. Quomodo possessio retineatur. 10. Quomodo amittatur.

1. Tertiam speciem juris in re diximus possessionem, quæ juxta vulgatam lectionem [a], à pedum, juxta Florentinam, à sedium positione, ex Varronis aliorumque sententiâ, à pos (unde & compos, impos) dicta est. Accipitur autem vel extra significationem detentionis, vel pro ipsâ detentione. Priori modo accipitur 1. pro ipsa re possessa, maximè pro fundo aut re immobili [b]. 2. pro Usucapione. Quando enim Papinianus [c] ait: *Si emptor prius quam per usum sibi acquireret, ab hostibus captus sit, placet interruptam possessionem postliminio non restitui, quia hac sine possessione non consistit*, recte Fabro [d] Gothofredo [e], aliis observatum est & rationem legis & ipsum loquendi genus velle, ut primum dicta possessio pro usucapione accipiatur. Absurdè nimis diceretur *possessionem sine possessione non consistere*. Rectè verò *Usucapionem sine possessione non consistere*. Et Paulus [f], quando dicit *possessio defuncti quasi juncta descendit ad heredem*, Usucapionem se intelligere verbis manifestis præcedentibus declarat. *Cum miles* (inquit) *decesserit & heres impleverit usucapionem, æquum est rescindi quod postea usucaptum est, ut eadem in heredibus, qui in usucapionem succedunt, servanda sint.* Hanc significationem Forsterus & alii non observantes, in eum errorem prolapsi sunt, ut statuerint, possessionem etiam ipso jure transire in suos heredes: quod tam est alienum à jure Romano, quam id quod est alienissimum [g]. 3. possessio accipitur pro jure possessionis, quomodo Papinianus ait [h]: *Dixi quoniam custodiæ causâ pecunia condita proponeretur jus possessionis ei qui condidisset:* (& in memoriâ non repetebat,) *non videri peremptum.* Idem JCtus [i] alibi: *Habere eum dicimus qui utitur, & jure possessionis fruitur.* Et Marcianus [k] vult prius *de vi, quam de jure possessionis aut proprietatis agi.* Alexander quoque Imp. inconcussi possessionis juris meminit [l]. Sane possessio cum adnumeratur juribus in re [m], non aliud, quam jus ipsum possessionis denotat. Quamvis alias jus possessionis & possessio sæpe confundantur, de quo mox plura. Possessio pro rerum detentione accepta, alia minus propria est; alia propria. Illa variis ex causis ita dicitur: veluti 1. cum quis rem nudè detinet, animo non sibi, sed alteri habendi: vel cum quis

a in l. 1. ff. de A. vel A. P.

b l. 2. C. de servit. & Aqua l. 78. d. V. S. l. 2. C. Ubi in rem act. l. pen. ff. de alien. jud. mut.

c l. 19 ff. Ex quib. causis Major.

d 2. semest. 25.

e ad d. l. 19.

f l. 30 ff. Ex quib. causis Major.

g l. 23. ff. d. Acq. vel amitt. poss.

h l. 44. pr. ff. de A. vel a. poss.

i l. 3. § 38. ff. Ne quid in loco publ.

k l. 5 § 1. ff. de Vi publ.

l l. 5. C. de liberal. causa.

m l. 3. § 12. ff. ad Exhib. l. 13. § 1. C. de judic.

rem animo sibi habendi detinet, at jure habere non potest. Sic Commodatarius, Depositarius rem detinent non sibi, sed Commodanti & Deponenti. Hinc ait Ulpianus [a]: *ab eo apud quem deposita est, vel commodata, vel qui conduxerit, aut qui legatorum servandorum causâ, vel dotis ventrisve nomine in possessione esset, vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari (rem) non possè puto autem ab omnibus.* Hi omnes ergò proprie non possident, sed in possessione tantum sunt. Sic & filiusfamilias servusque peculium, quod ad ipsos pertinere non potest, sibi possidere nequeunt, per ipsos tenentes Pater Dominusque possident [b]. Dicuntur tamen hi nudi detentores aliquando naturaliter possidere [c]: cum reverâ tantum in possessione sint aut rem teneant. Contra in possessione esse [d] aut simpliciter rem tenere [e] dicuntur, qui tamen propriè possideant. 2. Impropria possessio est rerum incorporalium, quæ inde sæpe possideri aut tradi posse negantur. Unde Paulus ait: *Possideri possunt corporalia* [f]: *Nec possideri intelligitur jus incorporale* [g]. Usus tamen eorum, pro possessione JCtis habetur [h]. Horum quasi possessionem expresse dicit Ulpianus [i]. Unde & interdicta possessoria [k] & actio Publiciana de his competit [l]. Quantum ad effectus ergo hæc quasi possessio à verâ possessione non differt, sed iisdem juris regulis consistit.

2. Propria autem possessio est rei detentio animo sibi habendi [m]. Genus in hâc definitione est *Detentio*, quæ Ulpiano etiam detentatio dicitur [n], & tum variis juris locis [o], tum Institutionibus Theophili [p] probatur, neque id displicet Cujacio, Donello, Petro Gregorio, Duareno, Alciato, Vaconio, Ferreto eosque sequenti Treutlero [q], Wissenbachio [r], Wesembecio, Struvio, aliis. Aliud autem genus requirunt Bartolus, Azo, Schneidewinus aliique plurimi, volentes Possessionem non esse *detentionem*, sed *jus*. Sed argumentis parum firmis. Quantum autem hic intersit inter possessionem quæ est detentio, & inter jus possidendi, mox planum faciemus. Observandum verò Detentionis verbum paulo latius quam solet, heic accipi: ne excludatur possessio quæ animo retinetur. Dicitur *animo sibi habendi*: ut excludatur nuda detentio, vel possessio impropria illa, cujus ante mentio nobis facta. Non autem dicimus *animo Domini*, quod vult Theophilus, Donellus, Contius eosque secutus Treutlerus [s]. Sic enim naturalis possessio definitione excluderetur, hæcque

strictior

a l. 9. ff. de R. V. adde l. 3. § 20. l. 17. § 1. ff. depos. l. 6. § 2. de precar.
b l. 24. & 25. ff. d. A. P.
c l. 7. § 11. ff. Comm. divid. l. 2. § 1. & 2. ff. pro hered. l. 38. § 7. ff. d. V. O.
d § 5. Inst. de Interdict. l. 11. § 13. ff. Quod vi aut clam.
e l. 15. § 3. ff. ex q. c. m. l. 21. in fin. ff. de her. vel act. vend. l. 44. § 2. ff. d. Acq. poss.
f l. 3. pr. ff. de Acq. vel am. p.
g l. 4. § 27. de Usuc.
h l. ult. ff. de servitut.
i l. 23. § 2. ff. Ex quib. caus. maj.
k d. l. ult. l. 8. § 5. ff. si servit. Vind.
l l. 11. § 1. ff. de publ.
m l. 3. § 3. 9. 20. l. 41. l. 46. ff. de A. P. l. 41. in fin. ff. d. Reb. Cred.
n l. 15. § 3. ff. Ex quib. causis Major. l. 5. ff. de impensis.
o l. 1. pr. junct. § 3. & l. 18. ff. de A. P.
p ad tit. Per quas person. cuique Acquir. & tit. de interdict.
q d. 2. disp. 21. t. 1. lit. C.
r ad ff. d. A. Poss.
s d. loco.

ſtrictior foret ſuo definito. Eſt enim alia Poſſeſſio Civilis, alia naturalis. An autem hæc diviſio juri Romano conveniens ſit, quid item ſit naturalis, quidque poſſeſſio Civilis, graviſſimè Doctores inter ſe diſceptant; ut videre eſt apud Hilligerum [a], Treutlerum [b], Bachovium & alios. Nobis de ipſâ diviſione hâc nihil dubii ut ſit, facit Ulpianus [c] inquiens: *Dejicitur is qui poſſidet ſive civiliter, ſive naturaliter poſſideat: nam & naturalis poſſeſſio ad hoc interdictum pertinet.* Nihil certius ergò eſt, quam aliam eſſe poſſeſſionem naturalem: aliam Civilem. Quid autem per hanc aut illam intelligatur, non adeo expeditum eſt. Illud certum eſt per Civilem hic non intelligi eam quæ ſolo animo retinetur, per naturalem cui corpori incumbitur. De his enim ſpeciebus Ulpianus eodem capite ſeorſim agit cum ait [d]: *Hinc autem corp ore poſſidens qui dejectus eſt, palam eſt eum vi dejectum videri.* Et paulo poſt: *eum qui neque animo neque corpore poſſidebat, ingredi autem & incipere poſſidere prohibeatur, non videri dejectum verius eſt. Dejicitur enim qui amittit poſſeſſionem. non qui accipit.* Equidem naturalis poſſeſſio, quæ etiam quandoque corporalis dicitur [e], à JCto Paulo opponitur alibi ei quæ ſolo animo retinetur [f]. Unde & interpretes naturalem in corpore, Civilem in animo conſiſtere dicunt. Eoſque videtur juvare Conſtantini reſcriptum, quo ait: *Nemo ambigit poſſeſſionis duplicem eſſe rationem, aliam qua jure conſiſtit, aliam qua corpore* [g].

Sed neque naturali illi uſquam in jure opponitur Civilis, quamvis non valde repugnem ſi Civilem dicas quam Conſtantinus in jure conſiſtere dicit. Neque id convenit ſententiæ Ulpiani. Et poſſeſſio animi & corporis Marcello pro una eademque accipitur [h]. Cum autem neque Ulpianus, neque ullus alius juris Authorum, curatè explicet qui civiliter, quive naturaliter poſſideant, videndum annon probabili ratione id aſſequi queamus. Veriſimile autem eſt, Civilem dici eam poſſeſſionem, quæ quam plurimos effectus è jure Civili habet: Naturalem, cui jus Civile minus adſiſtit, quâ ratione etiam obligationem aliam dicimus naturalem, aliam Civilem. Quamvis itaque neque Dominus, neque bonæ fidei poſſeſſor civiliter poſſidere expreſſè dicantur, probabile tamen eſt, Civiliter intelligi poſſidere, qui animo & affectione Domini poſſident: qualis eſt Dominus, qui Ulpiano etiam poſſeſſor eſt [i], & alius bonæ fidei poſſeſſor [k]. Videmus certè horum poſſeſſionem ab aliorum

a *lib. 5. cap. 7. ad Donel.*
b *d. v. 2. diſp. 21. t. 1.*
c *l. 1. § 9. ff. d. Vi & Vi armata.*
d *§ 24. & 26. d. l.*
e *l. 25. ff de A. P.*
f *l. 3. § 3. & 13. ff. eod. tit.*
g *l. 10. C. de A. P.*
h *l. 19. § 1. ff. de Acq. vel am. poſſ.*
i *l. 1. § 2. ff. Uti poſſidetis.*
k *§ 35. Inſt. de Rer. diviſ. l. 136 ff. de Reg. Iur.*

qui non animo Domini poſſident, quantumvis juſtis poſſeſſionibus, diſcerni iiſque præferri: unde Paulus ait [a]: *Is qui pignus accepit vel qui precariò rogavit; non tenetur noxali actione, licet enim juſte poſſideant, non tamen opinione Domini poſſident.* Gajus [b] *conſimili modo qui animo Domini poſſidet, aliis quantumvis juſtis poſſeſſoribus potiorem habet. Nam* (inquit) *Interdum quibusdam, nec ex juſtis poſſeſſionibus competit publicianum judicium. Namque pignoratitiæ, & precariæ poſſeſſiones juſtæ ſunt: ſed ex his non ſolet competere tale judicim; illâ ſcilicet ratione, quia neque creditor, neque is qui precario rogavit eo animo nanciſcitur poſſeſſionem, ut credat ſe Dominum eſſe.*

Cui ergò potius Civilem poſſeſſionem tribuamus quam Domino & bonæ fidei poſſeſſori? Unde ſimul conſequitur naturaliter poſſidere eum, qui animo quidem ſibi habendi, at non opinione Domini poſſidet, quam opinionem tollit *vel mala fides*, & conſcientia rei alienæ, licet quis eandem ſibi habere deſtinet velitque. Unde, qui furtivè, vi, clam aut precario rem detinent, poſſidere quidem dicuntur, at exiguo commodo juris Civilis [c]: *Vel ipſa deſtinatio & voluntas* eorum, qui poſſeſſionem ita tradunt accipiuntque, uti poſſeſſor nequaquam talem animum induat, qualis deſtinatio adeoque naturalis poſſeſſio eſt Creditoris [d], Emphyteutæ [e], Superficiarii [f], Sequeſtri, apud quem omittendæ poſſeſſionis cauſâ res depoſita eſt [g]: nec non ejus, qui precario rogavit, ut ſibi poſſidere liceret [h].

3. Atque ſic haud incommode videtur explicari poſſe locus ille Ulpiani, *Dejicitur is qui poſſidet ſive civiliter ſive naturaliter poſſideat.* Nam interdictum de Vi & Vi armata, de quo ſermo eſt Ulpiano, non tantum pertinet ad Dominum & bonæ fidei poſſeſſorem, quos civiliter poſſidere modò obſervavimus, ſed & ad eos, qui vi, clam aut precariò poſſident, teſte Pomponio [i] atque ipſo Juſtiniano [k], quos naturaliter poſſidere ante obſervavimus. Imò interdictum hoc *generaliter* ad omnes *pertinet*, *qui de re ſolo cohærenti dejiciuntur* [l]. Quid? *Qui à me vi poſſidebat ſi ab alio dejiciatur habet hoc interdictum* [m]. Atque hæc quidem probabilior eſt definitio poſſeſſionis naturalis & Civilis: non tamen adeò expedita, trita aut manifeſta, ut nihil prorſus contra eam excipi poſſit: ut adeo quod Javolenus ait [n]: *Omnis definitio in jure Civili periculoſa eſt parum eſt, enim ut non ſubverti poſſet*, heic quoque locum aliquem inveniat. Nam quod aliàs ſæpe, id

a *l. 22. ff. de Noxal. act.*
b *l. 13. § 1. ff. de public. in rem act.*
c *l. 6. ff. de A. V. A. P. l. 67. pr. ff de furt. l. 1. § ult. ff. uti poſſid.*
d *l. 2. § 10. ff. Comm. divid. l. 35 § fin. l. 40. pr. § fin. de pign. act. l. 31. d. A. R. D.*
e *l. 15. § 1. ff. Qui ſatisd. cog.*
f *l. 1. § 1. & 2. l. 2. ff. de ſuperficieb.*
g *l. 17. § 1. ff. Depoſ. juncta l. 39. ff. 3.*
h *l. 14. § 1. l. 15. § 4. de precar. l. 22. § 1. de Noxal. act.*
i *l. 14. ff. de Vi & Vi arm.*
k *§ 6. Inſt. de Interdict.*
l *l. 1. § 4. ff. de Vi & Vi arm.*
m *l. 1. § 30. ff. eod.*
n *l. 202. ff. de R. I.*

id quoque hâc in re contingit, ut de eâ una & constans omnium JCtorum non fuerit sententia aut loquendi ratio. Unde haud difficile fuerit jacta à nobis fundamenta concutere: difficilius meliora ponere, facilius verò ad contraria respondere. Sane eorum opinio, qui negant naturalem & civilem possessionem dari, Ulpiani dicto illo nimis manifestè confutatur, neque juvatur eo, quod Paulus ait: *unum esse genus possidendi* [a]. Confert enim possessionem cum titulis possidendi, qui plures sunt, quorumque intuitu unum genus possessionis statuit. Levius est quod ab inscriptione, numero singulari conceptâ, argumentantur. Genus etenim licet plures sub se habeat species, rectè tamen isto exprimitur numero singulorum. Neque officit quod Constantinus [b] possessionem facit *aliam quæ in jure consistit, aliam quæ corpore.* Unde videtur consequi vel nullam esse naturalem possessionem, vel per eandem non aliam intelligi quam corporalem. Respondere enim licet: quod Constantinus vel non tam de speciebus possessionis, quam de modis possidendi loquatur, vel quod naturalem per corporalem intelligat. Non est novum si JCti & Impp. aliis atque aliis, quandoque etiam minus propriis utantur verbis.

4. His ita firmatis, haud magnoperè laborandum erit de veteri multumque vexata quæstione, an duo eandem rem in solidum possidere queant: de quâ Paulus JCtus sic ait [c]: *Plures eandem rem in solidum possidere non possunt, contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit eum qui precario dederit & ipsum possidere; & eum qui precariò acceperit. Idem Trebatius probabat, existimans posse alium justè, alium injustè possidere, duos injustè, vel duos justè non posse: quem Labeo reprehendit, quoniam in summâ possessionis non multum interest, justè quis an injustè possideat, quod est verius: non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.* Ergò Labeo Paulusque negant: Sabinus & Trebatius affirmant, quorum partes sequitur etiam Ulpianus & Pomponius. Ulpiani enim hæc sunt [d]: *Si duo possideant in solidum, videamus quid sit dicendum, quod qualiter procedat tredemus. Si quis proponeret possessionem justam & injustam: Ego possideo ex justâ causâ, tu vi aut clam, si à me possides, superior sum interdicto, si vero non à me, neuter nostrum vincetur. Nam & tu possides & ego.* Pomponii hæc [e], *Eum qui precario*

a l. 3. § 21. ff. de A. vel A. P.

b l. 10. C. eod.

c l. 3. § 5. ff de Acq. vel am. poss.

d l. 3. pr. ff. uti possidet.

e l. 15. § 4. ff. de precar.

cariò rogaverit ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium. An is quoque possideat qui rogatus sit, dubitatum est? placet autem penes utrumque esse eum hominem qui precariò datus esset, penes eum qui rogasset, quia possederat corpore, penes Dominum quia non discesserit animo possessione. Contra sic differit Julianus [a], *Duo in solidum precario habere non magis possunt, quam duo in solidum vi possidere, aut clam. Nam neque justæ neque injustæ possessiones duæ concurrere possunt.* An ergò cum Mathæo, Wissenbachio, Treutlero aliisque Sabinianos & Proculianos heic (uti aliàs sæpe) dissensisse dicemus? Sic videtur si Paulo fides habenda. At rem ipsam penitius examinanti vix persuaderi poterit, Viros prudentes jurisque peritissimos de re tam manifestâ ambigere aut in jure per se certissimo, dubitare potuisse. Quid autem manifestius, quid certius esse potest, quam quod tu stare aut sedere nequeas, quo loco ego sto sedeove. Hæc est sententia Pauli & Labeonis. Sic illi vocem possessionis pro corporali retentione accipiunt, ut possidere dicatur fundum, qui sedem pedemve in eo fixerit. Hoc verò genus possessionis duobus in solidum competere non posse nec Sabinum, nec Trebatium, nec Ulpianum, nec Pomponium, nec ullum mortalium, cui sanus est sensus, negasse negaturumve fuisse, credibile est. Contra alio atque alio possessionis genere & effectu, duos eandem rem possidere posse, adeo etiam manifestum est, ut hoc negare nec Labeoni, nec Paulo aut Juliano, unquam in mentem venire potuerit. Quis negaverit alterum minus propriè rem possidere posse, quomodo illi qui tantum in possessione sunt possidere dicuntur: alterum, proprie? Sic ejusdem rei commodatæ possessio impropria Commodatario propria commodanti tribuitur. Et cum possessio quandoque pro rei detentione, quandoque pro detinendi jure accipiatur: Quis negaverit duos eandem rem in solidum possidere posse, altero detentionem, altero detinendi jus habente? Atque hoc videtur innuere Ulpianus exemplo, quo proponit alterum justè, alterum vi aut clam eandem rem possidere. Certè qui possessionem vi aut clam arripuit, detentionem, potius, quam jus detinendi habuit: qui verò justè possedit eamque possessionem animo retinuit, altero clam rem detinente jus potius detinendi, quam detentionem habuit. Jus tamen illud detinendi etiam possessio dicitur: & licet quis corpori non in-cumbat, tamen animo possessionem retinere intel-

[a] l. 12. ff. de precar.

intelligitur. Dilucidè hoc Pomponius quoque allegato loco explicat, quando & precario rogantem & rogatum possidere ait: sed diversitatem generis possidendi simul indicat. Illi enim corporalem rei detentionem, huic animo retentam possessionem, hoc est jus detinendi tribuit. Julianus quoque haud inficiatur duos in solidum possidere posse: sed duos vi possidere, aut duas injustas possessiones concurrere posse negat. Unde consequitur, alterum vi, alterum aliter possidere, & injustam cum justâ possessione concurrere posse. Quare etiam duos eandem rem precario habere posse rectè negat, unius precarii possessionem autem duobus tribui posse negat minimè. Et sane sic se res habet. Cum enim precario roganti usus rei conceditur, necessum est hunc rem detinere, habere: quod dum fit, alius eandem detinere & habere non potest. Duo tamen eandem rem possidere possunt, precario rogans impropriè, rogatus propriè. Hic, quatenus jus detinendi & precarium revocandi pro lubitu suo animo conservat: ille, quatenus interim rem in suum usum detinet. Et si tertius quis vi aut clam eandem rem detinere incipiat, nihil obstat, quo minus utrique possessori interdictum contra hunc competat. Sic Ulpianus modo dicto loco & Te, qui à tertio non à me, vi clam aut precario possides, & me justè possidentem, hoc est jus detinendi rem habentem, utrumque inquam nostrum, quantū ad effectum juris & interdictum, quo alter possessor alterum veluti non possidentem vincit, possidere ait; eandem autem possessionis speciem utrique non tribuit. Quæ omnia facile efficiunt ut credam Sabinianos, Proculianos aliosque veteres JCtos in re ipsa nec dissensisse, nec dissentire potuisse: & Paulum Labeonemque (quod neque Veteribus nec modernis insolitum.) Sabini sententiam sive non intellexisse, sive perperam explicasse: Certè infæliciter impugnasse. Frustra ergò heic alii antinomiam statuunt, alii Ulpianum non probare sententiam Sabini, sed ex hypothesi ejus disputare: alii quoque Pomponium Sabini opinionem recitare non probare, alii alia comminiscuntur.

5. Usufructuarius quoque an possideat, non levis est disceptatio, quæ curatius perpensa, nescio an non in logomachiam abeat. Nam propriè si possessionem accipias, pro rei detentione, animo sibi habendi, Usufructuarium non possidere ratio ipsa docet. Neque enim eo animo prædium fructuarium tenet, ut id ipsum, sed tan-

tum ut usumfructum ejus sibi habeat. Unde Justinianus eum possidere disertis verbis negat, possessioniq; jus utendi fruendi opponit, quando ait [a]: *Fructuarius usucapere non potest, quia non possidet, sed habet jus utendi fruendi:* quæ etiam sunt verba Gaji libro secundo Institutionum [b]: id quod & pluribus aliis juris locis confirmatur [c]. Impropriè tamen & latius acceptâ voce possessionis, negari non potest, eandem fructuario quandoque tribui. Nam & Ulpianus ait: *Naturaliter videtur possidere is, qui usumfructum habet.* Naturalem scilicet possessionem intelligens corporalem rei qualemcunque detentionem. & Papinianus ait [d]: *possessio quoque per servum cujus usufructus meus est, ex re meâ vel ex operis ejus acquiritur mihi, cum & naturaliter à fructuario teneatur.* Quin etiam pro recuperandâ illa qualicunque possessione, interdictum unde vi illi detur [e], & jure possessoris utitur, vincitque eum, qui Dominus non est, & actione negatoriâ tamen Usumfructum impetit [f]. Sic ergò Cujacius aliique rectè negant Usumfructuarium naturaliter possidere: naturalem putantes possessionem, cum quis animo sibi habendi citra tamen opinionem Domini possidet. Rectè etiam post Ulpianum Duarenus, Bachovius, Salmasius, alii, naturaliter eum possidere affirmant: naturali possessione pro qualicunque detentione & possessione impropriâ acceptâ.

a § 4. *Inst. per quas person. cuique acq.*
b *l. 10. in fin. ff. ad acq. Rer. dom.*
c *l. 1. § 8. l. 49. §. 1. ff. de Acq. poss. l. 8. C. de Usufr. l. 6. §. 2. de precar. l. 15. §. 1. ff. Qui satisd. cog. l. 1. § 8. Quod legator.*
d *l. 49. ff. de acq. poss.*
e *l. 3. § 13. & 14. ff. de Vi & Vi arm.*
f *l. 5. in fin. pr. ff. si Usufr. pet.*

6. Quando autem non uno loco distinximus inter possessionem & jus possidendi, pretium operæ fuerit, hoc discrimen tantò excutere accuratius, quantò id aliis, & quidem JCtis gravibus constantius negatur. Jus quidem possessionis tot tamque apertis juris locis, quæ supra in explicatione homonomiæ vidimus, asseritur, ut de eo nullum sit dubium: an autem illud jus aliud sit quam possessio ipsa, item an illud sit species juris in re, maximopere controvertitur. Nobis utrumque affirmandum videtur. Et prius quidem argumentis sequentibus. Detentio, quæ & detentatio quandoque dicitur, sine dubio significat actum quo quid detinemus, quemadmodum acquisitio actum acquirendi, abolitio actum abolendi, emptio emendi, permutatio permutandi: qui actus multum differunt à jure detinendi, acquirendi, abolendi, emendi, permutandi. Sæpe enim inveniemus jus, ubi actus deficit: sæpe actum videbimus sine jure, de quo satis constare putamus. Contrariæ sententiæ authores volunt tamen, jus civile possessionem pro actuali detentione nunquam

acci-

accipere, nec à jure posſidendi diſtinguere, ſed perpetuum juris axioma eſſe, poſſeſsionem ſine jure poſsidendi non eſſe: id quod ſæpe fieri in homonomiâ vocis obſervavimus, at non ſemper, nec perpetuo procedere, nunc demonſtrabimus. Ulpianus ait a: *Si quis vi de poſſeſsione dejectus ſit perinde haberi debet, ac ſi poſſideret, cum interdicto de vi recuperandæ poſſeſsionis facultatem habeat.* Satis puto heic diſcernitur poſſeſsio à jure poſsidendi. Illa enim quatenus detentio eſt, hic vi amittitur. Sed legitima facultas recuperandæ poſſeſsionis, hoc eſt jus ipſum poſsidendi retinetur, hujuſque juris intuitu etiam qui amiſit poſſeſsionem, perinde habetur, ac ſi poſsideret. Pomponius ſcribit *eum qui poſſeſsionem habet ad exhibendum agere* b, quod ſano ſenſu caret, niſi jus poſsidendi ſit actoris & poſſeſsio rei. Juſtinianus ait c: Interdictis uti poſsidetis & utrubi hodie vincere eum *qui poſſeſsionem nec vi, nec clam, nec precariò ab adverſario litis conteſtatæ tempore detinet.* Ergò ſi iſta detentio vel poſſeſsio poſt litem conteſtatam ad adverſarium pervenerit, jus ipſum poſsidendi tamen manet penes eum, qui tempore litis conteſtatæ detinuit eoque jure vincit. Paulus ait receptam eſſe ſententiam d: *poſſeſsionem facti non juris eſſe*, quod quomodo verum ſit, ſi poſſeſsio non minus jus, quam factum detentionis denotet, intelligi haud poteſt. Taceo nunc quod poſſeſsio quaſi pedum aut ſedium poſitio tradi, & naturaliter comprehendi paſſim dicatur, quæ certe de jure poſsidendi prædicari nequeunt.

7. Hæc quamvis per ſe ſatis manifeſtè probent hanc noſtram ſententiam, firmatior illa tamen erit, ubi oſtenderimus hoc jus poſsidendi ad numerum juris in re ſpectare: In hunc cenſum poſſeſsionem refert Pomponius eumque ſecutus Ulpianus e. Nec Imperator Juſtinianus ubi cætera jura in re enumerat poſſeſsionem omittit f. Certè poſſeſsio ad obligationem, ſeu jus quod vocant ad rem minimè ſpectat, quod nemo negat: ad jus in re ergo ſpectare debet, cum tertium non detur. Non ignoro nonnullos judicia dividere in petitoria & poſſeſſoria (& ſic quidem recte:) petitoria ſubdividere in ea quæ naſcuntur à vel ex jure in re vel ex jure ad rem, remotâ ab utroque hoc jure poſſeſsione. Sed hoc non tantum præter, ſed & contra authoritatem juris Civilis, in quo ſic lego g: *Omnium actionum quibus inter aliquos apud Judices arbitroſve de quacunque re quæritur, ſumma diviſio in duo genera deducitur. aut enim in rem ſunt,*

a l. 17 ff. de Acq. poſſ.

b l. 3. § 12. ad exhib.

c § 4. Inſt. de Interdict.

d l. 1. § 3. ff de acq. poſſ.

e l. 3. § 12. ff. ad exhib.

f l. 13. C. de Iudic.

g § 1. Inſt. de act.

 aut

aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo qui ei obligatus est, vel ex contractu, vel ex maleficio, quo casu prodita sunt actiones in personam, per quas intendit adversarium ei dare aut facere oportere & aliis quibusdam modis. Aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliquâ re controversiam: quo casu prodita sunt actiones in rem. Duo ergò omnium sunt genera actionum: Duæ earum causæ: Obligatio & jus in re. Non tria, obligatio, jus in re, & possessio. Quid? qui possessionem rei vindicat, annon movet de re controversiam? Atqui omnem hanc controversiam, quæ apud Judices vel arbitros moveri potest de re aliqua, adeoque & possessionem Imperator hic ad jus in re expressis refert verbis, à quibus etiam non alienus est Ulpianus[a], & Pomponius[b]. At inquiunt alii, juris in re effectus est ut rem ipsam afficiat, remque obnoxiam reddat ei, cujus est jus in re: adeoque ut actionem in rem producat, quorum neutrum juri possessionis tribui potest. Imò utrumque tribuendum est, ut nunc luculenter probabimus. Et primum quidem manifestè liquebit non contemnendos hujus juris effectus contemplanti. Neq; enim de nihilo est, quod hoc jus rem ita afficit, ut quilibet possessor etiam injustus, hoc ipso, quod possessor est, plus juris habeat, quam ille qui non possidet[c]: Item ut pro possessore judicetur contra quemlibet petitorem, cujus jura obscura sunt[d]: ut nemo teneatur edere titulum possessionis suæ[e]: ut in pari causâ melior sit conditio possidentis[f]: ut nemo possessione suâ, etiam injustâ, causâ non cognitâ, privandus sit[g]: ut possessori vim illatam propulsare liceat[h]: & resistere etiam Judici, sine causæ cognitione procedenti[i]: ut non tantum injustè dejecto possessio restituenda sit, & ab ipso Dominio dejecto[k], & prædoni ab alio dejecto[l]: ut possessor dejectus dejicientem in continenti rursus dejicere & sua authoritate possessionem recuperare possit[m]: ut & bonæ, & quandoque malæ fidei possessor jus retentionis habeat ob impensas[n]: ut bonæ fidei possessor instar Domini lucretur fructus[o]: ut possessor usucapione & præscriptione acquirere possit dominium[p]: ut qui bonâ fide & justo titulo possidet, rem vindicare possit actione publicianâ[q], & ut actione in rem scriptâ ad exhibendum agat possessor[r]. Quid? ex possessione acquisitâ non minus quam alio jure in re nascitur actio in rem: quod non tantum colligere licet ex eo, quod possessor ad exhibendum agat, quæ actio præparatoria est vindicationum sive in rem actionum[s]: sed hoc etiam res ipsa

a *l.25. ff. de & l.37. eod.*
b *l. 28. eod.*
c *l.2. ff. uti possid. § 4. Inst. de Interd.*
d *d. § 4. l. 2. C. de probat.*
e *l.11. C. de pet. her.*
f *l.5. § 1. ff. de Calumn. l.8. ff. de Cond. ob turp. causam l.2. C. eod. l.126. l.154. de R. I.*
g *l. 2. in fin. C. si propt. publ. pensit. l. 6. C. unde Vi.*
h *l.1. C. Unde Vi.*
i *l.5. C. de jure fisc. l.5. C. de Execut. l.ult. C. de discuss.*
k *l.7. C. Unde Vi § 1. Inst. de Vi bon. rapt.*
l *l.1. § 30. & 31. ff. de Vi & Vi arm.*
m *l.3. § 9. l.17. ff. de Vi & Vi arm. Rec. Imp. anno 1521.*
n *§ 30. Inst. de rer. divis. l.37. d. R.V. l.5. C. eod.*
o *§ 35. Inst. de Rer. divis. l 78. ff. d. R.V. l.48. de Rer. dom. l.25. § 1. ff. de Usur.*
p *pr. Inst. de Usuc. l.3. 7. 8. C. de præscr. 30. vel 40. annor.*
q *§. 4. Inst. de act. t. tit. ff. de publ. in rem act.*
r *l.3. § 12. ff. ad exhib.*
s *l.1. ff. ad exhib.*

ipsa, hoc est actiones hinc natæ manifestum faciunt. Equidem ordinariæ & propriæ actiones de possessione jure veteri non dabantur: neque solitus in aliis causis judicandi mos & anfractus servabatur, cum de momentaneâ possessione quæstio esset, sed extraordinaria cognitio Magistratus implorabatur, interdicturi de possessione sive adipiscendâ, sive retinendâ, sive recuperandâ. Huic interdicto si non pareretur, Prætor vel manu militari ministrorumve jussum exsequebatur, vel ex causâ interdicti actionem ordinariam dabat. Unde Ulpianus ait [a]: *Si quis missus fuerit in possessionem fideicommissi servandi causâ, & non admittatur, potestate ejus inducendus est in possessionem, qui eum misit: aut si quis volet uti interdicto, consequens est dicere interdictum locum habere. Sed melius erit dicere extra ordinem ipsos jure suæ potestatis exequi oportere decretum suum: nonnunquam etiam per manum militarem.* Sed datum id extraordinarium judicium hoc habet speciale, ut ab eo provocare nefas sit, vel provocatio illa executionem sententiæ prioris differre non potuerit [b]. Postea vero abrogato more impetrandarum formularum & judicum dandorum, Magistratibus ipsis judicantibus [c], omnibusque judiciis extraordinariis factis [d], qui de possessione contendere volebat, omisso interdicto protinus actionem exprimere jubebatur, quâ de re Arcadius & Honorius sic rescribunt [e]: *Si quis quodlibet interdictum efflagitet, ruptis veteribus ambagibus, inter ipsa cognitionum auspicia actionem exprimere ac suas allegationes jubeatur proponere.* Et Justinianus ait: *De ordine & vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere. Nam quotiens extra ordinem jus dicitur (qualia sunt hodie omnia judicia) non est necesse reddi interdictum, sed perinde judicatur sine interdictis ac si utilis actio ex causâ interdicti reddita fuisset* [f]. Hæc uti certissima sunt, ita satis errorem arguunt Fabri aliorumque, qui alienum à moribus Romanis putant, si executio à Magistratu fiat manu militari. Lapsum quoque hic videmus Tribonianum, qui in Digestis juris veteris frontispicium capitis de interdictis ita signavit, quasi interdictum & extraordinaria actio unum & idem essent. Neque probari hæc sinunt pragmaticorum illam, quamvis receptam traditionem, de possessorio ordinario & summario, deque appellatione admittendâ in illo, non in hoc. Gravius verò errare hinc intelligimus vulgum DD. qui quæ JCti veteres de interdictis prædicant, ad actiones extendunt, grandę inter utrumque discrimen non observantes.

a *l. 3. ff. Ne vis fiat.*

b *l. un. C. si de moment. poss.*

c *l. 2. C. de pedan. judic. l. 1. & 2. C. de impetr. & form. sublat.*

d *§ ult. Inst. de Interdict.*

e *l. ult. C. de Interdict.*

f *§ ult. Inst. de Interdict.*

Interdictũ enim erat formula & conceptio verborũ Prætoris, actio, jus persequendi litigantis. Interdictum præcedebat, actio sequebatur, aut loco actionis alia interdicti executio. Ridiculi ergò etiam sunt, qui actiones has de possessione omnes personales esse voluut ex eo, quod Ulpianus ait [a]: *Interdicta omnia licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt.* De interdictis loquitur JCtus more veteri, non de actionibus. Neque alius hujus loci sensus est, quam formulam illam interdicendi Prætoris conceptam quidem esse in rem, hoc est de usu & possessione rei, vi tamen ipsa personalem esse, hoc est, vim suam non extendere, nisi contra personas illas, de quarum jure & facto, veluti turbatione possessionis tum quærebatur: secus atque contingit in edictis, quæ generalia sunt atque in futurum concipiuntur. Neque eorum conclusionem hæc sinunt esse firmam, qui nullum jus in re putànt esse, ubi non sit actio in rem propria. Quid enim interest an jus in re hoc præstet Authori, ut extraordinariâ cognitione & executione juvetur, quæ quidem expeditior via est, an verò hoc, ut actionem habeat ordinariam? Sed cum extraordinarium illud judicium nunc mutatum sit, videamus annon hodie de possessione in rem agatur? At cum magna sit interdictorum varietas, non magis tutum erit cum Donello, Wesembecio aliisque omnes has actiones in rem, quam cum vulgo Doctorum, omnes in personam dicere. Ratio juris exigit ut quando de actione, an in rem, an in personam, an perpetua, an annalis, aut quæ alia sit, quæritur, hoc ex communibus regulis de naturâ actionum æstimemus. Quando ergò inter omnes constat, quod actio in personam sit quæ ex obligatione sive ex contractu sive ex delicto sive aliis causarum figuris natâ oritur, proinde dubium esse non potest, quin illæ actiones, quæ ex delicto turbatæ aut ereptæ possessionis descendunt, sint in personam: Qua re etiam interdictum Unde vi & quod vi aut clam, cum personalibus actionibus conjungitur [b], & recuperandæ possessionis actio, non contra quemlibet possessorem, sed ex delicto obligatum turbatorem datur [c]. Sane actionem quæ datur ex interdicto ne vis fiat, in factum personalem pœnalemque esse, minimè dubitari potest. Adipiscendæ possessionis actiones nonnullæ, fundamentum quidem capiunt ex jure hereditatis vel alio jure in re, veluti interdictum quorum bonorum, item quod legatorum, quibus haud dissimilia

sunt

a l. 1. § pen. ff. de Interdict.

b l. 38. pr. & § 5. & § 10. junct. l. 7. ff. de vi & vi arm.

c d. l. 7.

ſunt remedium ex lege ultimâ C. de Edicto divi Hadriani tollendo; item ex lege tertia, Cod. de pignoribus & hypothecis: item interdictum Salvianum: quoniam autem non dantur niſi poſseſsionem nondum adeptis, non poterunt accenſeri actionibus in rem, quæ ex poſseſsione naſcuntur. Neque tamen in perſonam hæ actiones dici poſsunt, cum ex obligatione non naſcantur. Quæ autem actiones ex jure poſseſsionis conſtituto, jamque acquiſito oriuntur, quales potiſsimum ſunt quæ pro retinendâ poſseſsione dantur, illas & in rem, & ex jure poſseſsionis eſse, ratio juris vult. Si enim in perſonam eſsent hæ actiones, naſcerentur ex obligatione: at non naſcuntur, ſed alio jure movetur heic de re alteri controverſia, quod Juſtinianus argumentum actionis in rem facit. Quod & Paulus JCtus eleganter confirmat hiſce[a]: *Juſta an injuſta adverſus cæteros poſſeßio ſit, in hoc interdicto (uti poſsidetis) nihil refert: qualiſcunque enim poſſeſſor, hoc ipſo quod poſſeſſor eſt, plus juris habet quam is qui non poſsidet.* Ergò poſſeſsor habet jus quo poſseſſionem conſervat, at quale jus? certè non jus ad rem, ſeu obligationum quæ ex facto turbationis naſci poſset, ſed jus in re, quod hoc ipſo ei competit, quod poſseſor eſt, quomodo obligationem habere non poteſt. Quid? obligatio quæ ex facto oritur, non poteſt intelligi antequam factum ſit. At jus hoc poſseſsionis, quo pro eâdem retinendâ agit poſseſor, competit ei, etſi nulla turbatio nullum factum alterius accedat. Interdicto uti poſsidetis ſimile eſt de ſuperficiebus. *Omnia quæ in interdicto uti poſsidetis ſervantur, in hoc quoque ſervari*, teſtatur Ulpianus[b]: Atque actionem de ſuperficie non ad modicum tempus conductâ in rem, actioneque in perſonam longè utiliorem eſse, idem Ulpianus diſerte aſserit[c] & ſuperioribus interdictum utrubi comparat, eiq; competere ait: non qui turbantem poſseſsionem rerum mobilium obligatum, ſed qui poſseſsionem, hoc eſt jus poſseſſionis habet. Hinc quidem nonnulli contrarium evincere conantur, putantes ineptum eſse, ſi is qui poſsidet adverſus non poſsidentem in rem agere dicatur, cum in rem agere, ſit ſibi rem reſtitui petere, cumque Juſtinianus dicat, non poſsidere eum, qui de re corporali in rem agat. Sed hæc argumentatio parum firma aut juri conveniens eſt: cum & actio in rem anguſtius hic finiatur & quæ Juſtinianus de vindicatione rerum corporalium ſtrictius protulit, latius hic protendantur quam par eſt. Certè Juſtinianus actionem

in

a *l. 2. ff. Uti poſsidet.*

b *l. 1. § 2. in fin. ff. de ſuperficieb.*

c *d. l. 1. § 2. & 3. ff. eod.*

in rem dicit, non quâ quis rem sibi restitui petit; sed quâ movet alicui de re controversiam[a]: Hoc agnoscendum, vel negandum est, actionem confessoriam & negatoriam in rem esse, quod nemo negat. Neque huc facit quod dicitur in controversiis rerum corporalium is agit qui non possidet. Loquitur enim Imperator de iis controversiis quibus res restitui petitur non quibus jus nostrum defenditur. Loquitur de possessione quatenus est detentio non quatenus est jus detinendi. Loquitur de regulâ & eo quod plærumque fit, cui subjicit exceptionem illam: quod sive uno (ut volunt nonnulli Codices & interpretes) sive non uno sed multis casibus (ut volunt alii) qui possidet, nihilominus actoris partes obtineat.

a § 1. *Inst. de act.*

8. Cæterum hoc jus in re non acquiritur, nisi animo & corpore, hoc est, nisi adsit & factum apprehensionis, & animus possessionem acquirendi[b]. Factum autem apprehensionis non adeo strictè accipiendum, ut excludat apprehensionem symbolicam, vel fictam, qua de re plenius in superioribus, ubi de traditione egimus, à nobis dictum. Unde facilis fit explicatio loci illius Pauli ubi ait[c]: *Non est corpore & actu necesse apprehendere possessionem sed etiam oculis & affectu.* Loquitur enim de traditione possessionis analogicâ, in qua traditore possessionem verè deferente, accipiens eam vel solo adspectu acquirit, si scilicet eo animo adspiciat. Ubi ergò non est talis aliqua apprehensio, nullus quoque locus est possessioni acquirendæ. Quare etiam neque allodialium, neque feudalium rerum possessionem ipso jure in heredes, sive sint sui, sive extranei, transire, juris Civilis ratio patitur[d]. Cum enim possessio sit detentio cum animo sibi habendi, mortuo detinente & ipsam detentionem extingui necesse est. Nihil tamen obstat quo minus lex nova aut consuetudo jus possessionis ejusque effectum, in heredes continuari permittat: qualis continuatio Galliæ, Hispaniæ, Italiæque, recepta est; teste Gomesio[e], & Tiraquello[f], integro tractatu celebrante illud: *la mort saisit le vif.*

b § 5. *Inst. de Interdict. l. 3. § 1. l. 8. ff. de acq. vel am. poss.*
c *l. 1. § 21. ff. de acq. vel am. poss.*
d *l. 23. ff. de acq. vel am. poss.*
e *ad l. Tauri. n. 45.*
f *toto tractatu.*

9. Retinetur verò jus possessionis etiam solo animo possessoris, quamvis nec ipse detineat, nec ejus nomine alius, dummodo vacua maneat possessio, nec ab altero occupetur, aut nos saltem illam occupationem ignoremus[g], aut occupantem nobis vel cessurum, vel expelli à nobis posse speremus[h]. Cæterum infans & furiosus, cum animum retinendi habere non possint, & tamen absurdum

g *l. 46. ff. de Acq. vel amitt. poss.*
h *l. 3. § 8. l. 7. l. 25. § fin. l. 20. l. 44. § 2. ff. d. t. l. ult. C. eod.*

surdum sit si calamitas illa in tuitione rei familiaris, ipsis noceat, receptum est, ut animus retinendi in illis præsumatur hoc ipso, quod contraria eorum voluntas non cernitur: Unde licet possessionem acquirere nequeant, retinere tamen possunt [a]. Non tamen animo retinemus possessionem rerum mobilium deperditarum, quas neque custodire, neque amissas invenire possumus, licet ab alio apprehensæ non sint [b]. Neque amittimus ejus rei possessionem, quam qui in potestate nostra constitutus est, nobis subripuit: cum per hujus modi personas & acquiratur & retineatur Nobis possessio [c]. Quare nec servi fugitivi possessionem amittimus [d], nisi eum alius possidere cœperit [e], aut ipse se pro libero gesserit & judicium liberale suscipere paratus sit [f].

10. Amittimus autem possessionem iisdem modis quibus acquirimus. *Fere* (enim ait Paulus [g]) *quibuscunque modis obligamur iisdem in contrarium actis liberamur: cum quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus.* Ut igitur nulla *possessio acquiri nisi animo & corpore potest, ita nulla amittitur nisi in qua utrumque in contrarium actum.* Hoc quoque plura alia juris loca firmant [h]. Rectè verò addit JCtus voculam *Fere.* Neque enim illa regula adeo est perpetua, ut nunquam fallat. Idem enim JCtus Paulus alibi [i] ait: *In amittendâ quoque possessione affectio ejus qui possidet intuenda est. Itaque si in fundo sis, & tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem, igitur amitti & animo solo potest, quamvis acquiri non potest.* Et Ulpianus dicit [k]: *Possessio recedit ut quisque constituit nolle possidere. Si quis igitur eâ mente possessionem tradidit, ut postea ei restituatur, desinit possidere.* Idem Ulpianus alibi testatur [l], *animo deponere & mutare nos possessionem posse, idque & Celsum & Marcellum scribere.* Interpretes ut hæc componant alii alia atque alia comminiscuntur. Sunt qui distinguunt an initium amittendæ possessionis ab animo fiat, an à corpore. Priori casu solo animo amitti possessionem putant, posteriori non æquè. Alii ajunt communiter quidem animo & corpore amitti, sed quandoque solo animo. Alii enodatâ ambiguitate vocis rem expediunt & τῷ corpore amittere possessionem nunc latius, nunc strictius accipiunt. Alii regulam illam, *Possessio amittitur animo & corpore* ita interpretantur, ut tantum opponatur amissioni quæ fit solo corpore non etiam quæ fit solo animo. Alii dicunt quod omnis amissio quæ fit animo, simul etiam fiat corpore, quæ omnia

a *l. 27. ff. d. t. l. 31. § 4. l. 44. § 6. ff. de Usuc.*

b *l. 3. § 13. l. 13. pr. l. 25. pr. ff. de acq. vel am. poss.*

c *l. 1. § 14. ff. eod.*

d *l. 15. l. 13. ff. eod.*

e *l. 1. § 14. l. 50. § 1. ff. eod.*

f *l. 3. § 10. ff. eod. l. 60. ff. de furt. l. 1. C. de serv. fug.*

g *l. 153. d. R. I.*

h *l. 8 ff de Acq. vel amitt. poss. l. 44. l. 46. ff. eod.*

i *l. 3. § 6. ff. de acq. vel amitt. poss.*

k *l. 17. § 1. ff. eod.*

l *l. 34. ff. eod.*

ſuo modo tolerari ſuiſque exemplis facile illuſtrari poſsunt. Si enim animo tecum concludas derelinquere poſseſsionem tuam, etſi rem ipſam tenere pergas, poſsidere dici non potes, quia non detines animo tibi habendi. Quod ſi initium amittendi à corpore facturus, animum tamen retinendi poſseſsionem non exuas, poſsidere non deſines quia ſolo animo retinetur poſseſsio, nec ſolo corpore amittitur. Et ſi corpore amittere poſseſsionem ſtrictius accipias, pro omiſsione detentionis, locum habebit illud: *ſolo animo amittitur poſseſsio.* Nam ut dictum eſt, corporalis detentio ſine affectione ſibi habendi, poſseſsio non eſt. Si verò eandem phraſin latius accipias, ita ut corpore amittere poſseſsionem, non tantum dicatur, qui rem detinere deſiit, ſed etiam qui actus poſſeſſorios amittit, veluti qui fundum quidem tenet, ſed eodem uti frui alioſque actus poſseſſorios exercere deſinit, æque hoc ſenſu dici poteſt ſolo animo poſseſsionem non amitti. Quomodo enim amittetur, quamdiu actus poſseſsorii non intermittuntur. Eodem ſenſu dici poteſt: Neminem animo derelinquere poſseſsionem, quin & corpore derelinquat. Neque enim intelligi poterit, Quomodo animum poſsidendi depoſuerit, qui actibus poſseſsoriis non abſtinet?

Pars VI.

De Pignore.

1. Pignus unde dictum? Accipitur variè, pro re oppignoratâ, pro conventione, pro jure in re. Variæ ſpecies pignoris. 2. Ex qua ſpecie naſcatur actio in rem. 3. Ex ἀντιχρήσει quænam actio naſcatur. 4. Effectus hujus juris in re.

1. Quarta & ultima ſpecies juris in re eſt pignus quod à *pugno dicitur, quia res quæ pignori dantur, manu traduntur* teſte JCto Gaio [a]. At hujus vocis magna eſt ambiguitas. Aliquando enim accipitur latius ut comprehendat quoque hypothecam [b]: aliquando ſtrictius, ut opponatur hypothecæ. Unde Ulpianus ait [c]: *Propriè pignus dicimus, quod ad creditorem tranſit, hypothecam, cum non tranſit nec poſseſsio ad Creditorem.* Quare etiam plerique veterum putavere, pignus propriè rei mobilis eſse, hypothecam non [d]. Utrumque vocabulum porro tripliciter accipitur. 1. pro re ipſâ oppignoratâ, quomodo paſsim dicitur pignus diſtrahi, poſsideri, vendi, retineri,

a *l. 238. § 2. ff. d. V. S.*
b *l. 5. § 1. ff. de pignor. § 7. Inſt. de act.*
c *l. 9. § 2. ff. de pign. act.*
d *d. l. 238. d. V. S.*

retineri, auferri. 2. pro conventione, quâ pignus vel hypotheca constituitur. Sic dicimus pacta pignorum. Sic pignus accensemus contractibus realibus. 3. pro specie juris in re. Sic Ulpiano [a] *dicitur pignus contrahi non solâ traditione sed etiam nudâ conventione*. Sic dicimus *pignus & hypothecam tacitè contrahi*. Atque hoc sensu accipiendum est quod ait Marcianus [b], *Inter pignus & hypothecam tantum nominis sonus differt*. Utrumque enim est jus in re. Utrumque producit actionem in rem. In aliis non leve discrimen inter hæc esse modo ex Gaio & Ulpiano cognovimus. Unde consequitur, pignus, quatenus est causa actionum in rem, generalius accipi, ut etiam complectatur hypothecam: & utrumque pro jure in re, cujus ratione modi, quo aliter atque aliter constituitur, diversæ sunt species. Possumus enim dicere pignus esse aliud voluntarium aliud necessarium. Voluntarium quod voluntate privatorum constituitur, idque vel inter vivos vel ultimâ voluntate. Inter vivos, per conventionem, quæ est vel contractus ille realis pignoris, vel pactum legitimum. Necessarium pignus est, quod vel lex ipsa constituit, unde & Tacitum dicitur; vel quod Magistratus constitui jubet, veluti in causâ damni infecti [c], item judicati exequendi [d], legatorum & fideicommissorum servandorum [e], & aliâ causâ: quod pignus etiam Prætorium vocatur. Porro aliud pignus est generale, aliud speciale. Hoc, certa & specialia bona afficit. Illud continet omnia, præsentia & futura, ne juribus, actionibus & nominibus quidem exclusis.

[a] *l. 1. pr. ff. de pign. & hypothec.*

[b] *l. 5. § 1. ff. de pignor. & hyp.*

[c] *l. 4. l. 15. ff. de damn. infect.*

[d] *l. 15. ff. de judic. l. 2. & 3. C. Qui potior in pign.*

[e] *L. L. ff. ut legator vel fideicommiss. serv.*

Quando autem non adeo liquidum est quæ & quo modo ex singulis hisce speciebus nascatur actio in rem, non alienum ab instituto fuerit penitius in hæc inquirere.

2. Quod itaque attinet pignus voluntarium contractu constitutum, certum est quod jure civili non alius conventionis ejusmodi sit effectus, quam ut actionem pariat in personam, hujus & illius contrahentis: quomodo ex hoc contractu personalis actio pigneratitia directa & contraria nascitur. Pactum vero cum jure civili ne actionem quidem in personam pariat, minus poterit jus in re, aut actionem in rem producere. Itaque creditor hoc jure nullam habebat actionem, quâ, si possessione exciderat, contra tertium agere eamque repetere posset: quod cum durius videretur, Prætori Servio, locatori prædii rustici actionem in rem contra quem-

 cunque

cunque possessorem dedit, quâ res coloni pro pensione & damnis expressè obligatas persequitur. Hanc actionem Justinianus ab authore Servianam ut à Publicio Publicianam, appellat [a]. Dicitur & hypothecaria [b], aliquando etiam pignoratitia [c]: sine dubio ergò hallucinantur qui Servianam à servando derivant, quique non Servianam sed quasi Servianam hypothecariam dicunt: Gravius errant qui per pignoratitiam actionem in personam intelligi putant Ulpiano, quando ait [d]: *Hac actio* (ad exhibendum) *ei competit qui in rem acturus est, qualicunque in rem actione, etiam pignoratitia, Serviana sive hypothecaria qua Creditoribus competunt.* Et regula & exempla satis arguunt pignoratitiam hanc esse actionem in rem. Et aliàs Ulpianus satis clarè pignoratitiam in rem dicit quando scribit [e]: *Possessor pignoris litis æstimationem pignoratitia in rem agenti offerat.* Sic itaque Prætor actionem in rem certo tantum casu ex pignore dabat, at cum par ratio & æquitas eadem animadverteretur in aliis causis, factum est interpretatione prudentum, ut hoc ad alias quoque causas produceretur, omnibusque jus pignoris habentibus, actio in rem daretur, quæ quoniam ad imitationem Servianæ introducta est, ipsa quoque quasi Serviana, item hypothecaria, quandoque & pignoratitia dicitur & pro prætoria habetur. De utraque sic Justinianus [f]: *Item Serviana & quasi Serviana (qua etiam hypothecaria vocatur) ex ipsius Prætoris Jurisdictione substantiam capiunt. Servianâ autem experitur quis de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur. Quasi Serviana autem est quâ Creditores pignora hypothecasve persequuntur.* Ne quis ergò miretur pactum pignoris contra regulam communem de pactis producere actionem. Prætor enim hoc robur ei addidit: Neque miretur quis, si videat jus in re vel actionem in rem ex pacto nasci, contra regulam in juribus in re, traditionem requirentem. Nam & hic specialis effectus jurisdictioni Prætoriæ accepto ferendus. Unde rectè Paulus ait [g]: *De pignore jure honorario nascitur pacto actio.* quod certè intelligendum non de actione personali pignoratia, quæ est juris Civilis, sed de hâc hypothecariâ, in rem quam à Prætore contra communes regulas demum introductam & à prudentibus extensam vidimus.

De pignore testamento vel aliâ ultimâ voluntate constituto non adeo dubitari potest, an inde nascatur jus in re, vel actio in rem; cum & Dominium & servitutem ultimâ voluntate, etiam sine

a §7. Inst. de act.
b d. §7. l. 3. §3. ff. ad exhibend.
c l. 3. §. 3. ad exh. l. 7. §12. ff. Comm. div.
d d. l. 3. §. 3.
e l. 7. §12. ff. Comm. divid.
f d. §. 7. Inst. de act.
g l. 17. §. 2. ff. de pact.

ſine traditione tranſire ſupra obſervaverimus. Cur non ergò jus pignoris ſic conſtitueretur. Levis ſcrupulus eſt, quem nonnulli hic movent ex eo, quod contractus in teſtamento fieri nequeant, pignus autem ſit contractus. Jam enim antevertimus dicere, quod pignus non ſemper ſignificet conventionem, ſed quandoque jus pignoris, ſive conventione, ſive aliter conſtitutum. Atq; ſic pignus teſtamento conſtitutum (quod fieri poſſe jus perſpicuè confirmat [a]) non eſt conventio, ſed jus in re. Itaque non dubium eſt quin de hoc pignore etiã antememorata actio Prætoria detur. Neq; etiam dubium fuit de pignore quod ipſo jure, ſive ipsâ lege conſtituitur. At de pignore Prætorio inter veteres prudentes dubitatum diſceptatumq; fuit, quæ lis poſt Deciſione Juſtiniani dirempta eſt hiſce [b]: *Veteris inquit juris dubitationẽ decidentes, ad duplũ genus hypothecarũ reſpeximus, unũ quidem quod ex conventionibus & pactis hominũ naſcitur: aliud quod à Judicibus datur & Prætorium nuncupatur. Et cum invenimus in conventionalibus pignoribus vel hypothecis, non ſolum tenentem Creditorem adjuvari, ſed etiam ſi ab ea poſſeſſione cadat, ſive ſuâ culpâ, ſive non, ſive fortuito caſu, humanius eſſe perſpeximus & in prætorio pignore, dare recuperationem Creditori, quocunque modo poſſeſſionem amittat, ſive culpâ ſuâ, ſive non, ſive fortuito caſu. Licet enim debuerit incumbere ſuo pignori, ne aliquam patiatur inde jacturam, tamen ne quid amarum in Creditoribus conſequatur, benignius cauſam interpretamur & ei recuperationem donamus.* Sic ergò actio Prætoria extenſa eſt ad qualecunque pignus: nec intereſt generale an ſpeciale ſit. Nam & illud rem generaliter afficit, nec ulla lex diſcrimen inter hujus aut illius effectum facit. Cave ſis tamen ne cum nonnullis Interpretibus Deciſionem illam Juſtiniani ad actionem Paulianam trahas, hancque inde actionem in rem efficere contendas: cum illa longè antiquior ſit hoc jure Juſtiniani: neque ex jure in re naſcatur, ſed ex obligatione quam delictum fraudati creditoris producit: cumq; non detur contra quemlibet poſſeſſorem, adeoque non ſit actio in rem, ſed in perſonam, uti ſuo loco contra Tribonianum enarratius demonſtrabimus.

[a] *l. 26. ff. de pign. act. l. 1. C. Commun. de legat.*

[b] *l. 2. C. de Prætor pign.*

3. Quæritur etiam de pignore quod proprie dicitur ἀντίχρησις an hinc actio in rem detur, quod negare videtur Marcianus libro ſingulari ad formulam hypothecariam hiſce [c], *Si ἀντίχρησις id eſt mutuus pignoris uſus pro credito facta ſit, & in fundum aut in ædes aliquis inducatur, eo uſque retinet poſſeſſionem pignoris loco, donec illi pecunia ſolvatur,*

[c] *l. 11. § 1. ff. de pignor.*

 tur,

tur, cum in usuras fructus accipiat, aut locando aut ipse percipiendo habitandoque, itaque si amiserit possessionem solet in factum actione uti. Si in factum, ergò non actione in rem. Cujus rei ratio videri potest quod ἀντιχρήσις videatur notissimos terminos excedere pignoris, cujus indoles vult, ne creditor re oppignoratâ utatur[a], & ut fructus si quos percepit, in sortem imputet[b]. Itaque aliud videtur esse ἀντίχρησις, aliud pignus. Idem tamen JCtus Marcianus eodem libro scribit[c], *si pecuniam debitor solverit, potest pignoratitiâ actione uti ad recuperandam ἀντίχρησιν: Nam cum pignus sit hoc verbo poterit uti.* Ergo ἀντίχρησις pignus est & actio pignoratitia datur pro eadem. Cur non actio in rem? Quorsum superior illa in factum? Nodus certe difficilis ad cujus solutionem forte dici potest, quod ἀντίχρησις aliquando constituatur sine jure pignoris, aliquando cum jure pignoris. Priori modo si conveniat inter debitorem & Creditorem, ut certam pecuniam hic illi mutuam det, eâ lege, ut usuræ cum fructibus compensentur, nullâ factâ mentione aut constitutione pignoris. Posteriori, si ita conveniat, ut non tantum usurarum & fructuum fiat compensatio, sed etiam prædium ex quo fructus percipiuntur, in securitatem Creditoris pignori ei obnoxium sit. In priori specie cum nullum jus sit pignoris, cumque non adeo manifestum videatur, quodnam id conventionis genus sit, proclive videtur fuisse actoribus actionem in factum instituere: *ad quam* ait Julianus[d], *necesse est confugere, quoties contractus existunt, quorum appellationes nulla jure Civili prodita sunt*, vel ut ait Celsus, *quando deficiunt vulgaria atque usitata actionum nomina.* In posteriori, cum pignus sit constitutum, quidni etiam nominatæ pignoratitiæ & hypothecariæ actiones locum habeant. De priori specie prior, de posteriori posterior Marciani locus nonnullis intelligitur. Sed uti pactum ἀντιχρήσεως nunc cum, nunc absque pignore fieri posse minimè negandum: ita certum est, eo loco quo Marcianus actionis in factum meminit, agi de ἀντιχρήσει quæ non fuit sine pignore. Expresse enim dicit *Retinet possessionem pignoris loco.* Aliâ itaque aggrediendum erit viâ, ut Marcianum cum Marciano componamus: Cujus rei media ipsa loci utriusque verba sensusque satis suppeditant. Alter enim locus Marciani sententiam de ἀντιχρήσει proponit dicitque, pignus esse & ideo pignoratitiam de ea competere. Alter non Marciani sententiam, sed factum alterius litigantis

a *l. 54. pr. ff. de furt.*
b *l. 1. l. 2. C de pign. act.*
c *l. 33. ff. de pign. act.*
d *l. 3. ff de præscr. Verb.*

gantis proponit. dicit enim *si amiserit possessionem solet in factum actione uti.* Non negat Marcianus actionem hypothecariam competere, sed refert actione in factum actorem solere uti. Cur autem hac solet? quia de pignore contra tertium possessorem jure Civili nulla erat actio. Servianæ ad certum casum adstrictæ non magnus videbatur usus. Quasi Serviana, quæ prudentum interpretatione introducebatur, non adeo sine controversia ad omnes causas extensa fuit. Non absurdum itaque visum fuit, actionem in factum arripere, quæ non tantum competit cum nulla alia nominata actio superest, sed etiam cum dubium sit, quænam actio competat. Atque eo casu utraque actio & in factum & alia nominata solet concedi, cujus rei plurima alia in jure occurrunt exempla [a]. Neque obscurum hoc loco deprehenditur ubi Martianus & actionem in factum usitatam testatur, & ipse ordinarias pignoratitias concedit. Unde cum Cujacio aliisque concludere licet, & hypothecariâ & in factum de ἀντιχρήσει agi posse.

4. Cæterum effectus hujus juris in re est non tantum, quod ei qui hoc potitur, si non possideat, actionem ut diximus præstet, sed etiam facultatem retinendi si possideat [b], nec non jus distrahendi aut dominium impetrandi, si creditor non solvat: quod postremum jus ita est ex naturâ pignoris, ut ne pacto quidem contrario possit tolli. Pacti enim hujusmodi non alius est usus, quam quod ante distractionem ter monendus sit Debitor, teste Ulpiano [c]. Illud quoque singulare est huic juri in re, quod pluribus in solidum competere possit: quodque inde nascatur actio in rem etiam contra ipsum Dominum & possessorem, & contra ipsum jus pignoris habentem: si modo actoris pignus potius sit, quam rei. Potior autem in pignore dicitur quis vel ratione causæ, vel ratione modi, vel ratione temporis, quo pignus contractum est. Ad primam classem pertinet Fiscus ratione tributorum collectorum & annonæ publicæ [d], item quis ad militiam credidit, cum pacto ut prior sit [e]. Uxor ratione dotis [f]. Item qui credidit in conservationem vel refectionem rei, cuique illa hoc nomine expresse oppignorata est, veluti si ad armandam navem crediderit, vel si cui naulum aut merces debetur [g], Item quorum pecuniâ res est empta, cum expressâ ejusdem oppignoratione [h], Denique & pupilli, quorum nummis res est comparata [i].

Ad

[a] l. 50. ff. de Contr. empt. l. 23. ff. Comm. divid. l. 6. ff. de Resc. Vend.

[b] l. 10. C. de pign. act. l. 4. C. de pignor.

[c] l. 4. ff. de pign. act.

[d] l. 1. & 2. C. si propt. publ. pensit. l. 3. & 4. C. de primipilo. l. 1. l. 4. C. in quib. caus. pig. vel hyp.

[e] Nov. 97. c. 4.

[f] l. 12. C. Qui pot. in pign. l. un. C. de privileg. dot.

[g] l. 5. & 6. ff. Qui pot. in pign.

[h] l. 7. C. Qui potior. in pign.

[i] l. 7. ff. Qui potior.

Ad secundam Classem referenda hypotheca publico instrumento munitæ. Habetur tamen jure Civili quasi publicum, cui tres idonei testes subscripserunt [a]. Ad tertiam Classem spectant Creditores illi hypothecarii, quorum alter altero non est potior vel ratione causæ vel ratione modi, sed tantum ratione temporis. Nam inter cætera pares hypothecarios, valet regula: *Qui prior est tempore potior est jure* [b]: quæ regula locum habet in omni pignore excepto pignore Prætorio. Nam qui missi sunt à Prætore in bonorum possessionem, si inter sese concurrant, eodem jure & loco habentur etsi diversis temporibus missi [c], quam differentiam Prætorii pignoris Usus fori tamen non servat teste Fabro [d], Gudelino [e], aliis: Sed omnem protopraxian inter Creditores docere non est hujus loci. Sufficiat paucis sic effectum declarasse Pignoris, quem etiam quoad tertium possessorem nonnihil impediri observandum est. Jure enim Novo (quod olim in fisco pignus legale vindicante obtinuerat [f]) cautum est, ne quis contra tertium possessorem pignoris actione hypothecariâ experiatur, nisi prius debitor fidejussoresque actione personali fuerint conventi & excussi [g]: quod quidem Legislator generaliter sanxit, nullo facto discrimine inter hypothecam generalem & specialem. Cujus differentiæ rationem tamen in foro haberi, docet Carpzovius. Cui contradicunt Frantzkius, Struvius, alii [h]. Sane si ipse debitor aut heres ejus pignus possideant, protinus id vindicari posse, sæpe in foro judicatum est authore Christinæo [i]. Alii idem obtinere notant si manifestum sit Debitorem non esse solvendo; Si possessor sciens rem oppignoratam comparaverit. Si Constituto possessorio (ut loquuntur pragmatici) debitor pignus nomine Creditoris possederit, & tamen possessionem ad alium transtulerit: item si pactum de non alienando pignori adjectum sit [k]: Sed de his apud nos quærere supervacaneum est, cum placito anni 1564. memorato isti juri novo expresse derogatum sit.

De conventionali quoque pignore non idem servat usus forensis quod statuit jus Civile: secundum quod conventionem ad ejus constitutionem sufficere, sine authoritate Magistratus ex ante dictis constat. At juxta plerasque leges municipales moresque tum Germaniæ, tum Belgii, nullum prædium speciali hyppothecâ affici potest, nisi coram Magistratu sub cujus jurisdictione situm, pignus constituatur, hocque in acta publica referatur, quod prætor alia

a *l. 11. C. Qui potior.*

b *l. 10. ff. Qui potior. in pign. l. 2. 4. 7. 8. C. eod.*

c *l. 15. § 15. 17. ff. de damn. infect. l. 5. § 3. ff. ut in possess. legator.*

d *ad tit. C. de bon. auth. jud. poss.*

e *de jure noviss. l. 4. c. 18.*

f *l. Moschis 47. ff. de jur. fisc.*

g *Nov. 4. c. 2. authent. hoc si debitor. C. de pign.*

h *Struv. ad tit. ff. Qui potior. in pign. & 38.*

i *Vol. 4. decis. 151. n. 9. & seqq.*

k *Vid. Struvium d. l. ubique allegata.*

alia exigit placitum Caroli Quinti anno 1529. & Ordinat. polit. artic. 35. Ad generalem hypothecam sufficit coram quolibet Judice hujus Regionis bona pignori obligasse, teste Grotio [a]. Quod vero idem cum Neostadio scribit ex iisque tradit Vinnius [b] Feudale prædium coram paribus curiæ oppignorandum, certè non ubique servari constat, cum neque pares curiæ ubique invenire liceat, neque usus feudorum communis patiatur feudum sine consensu Domini oppignorari & hic in caussis feudalibus sit judex ordinarius [d]. Denique notatu dignum est, quod quamvis jure Civili sequestratio pecuniæ communiter prohibita & paucis tantum casibus permissa [e], usu forensi tamen receptior & fere quotidiana sit eòque vires suas extendat, ut instar prætorii pignoris habeatur jusque in re tribuat, si modo legitime impetratum sit arrestum [f].

a lib. 2. introduc. cap. 42.
b ad § 7. Inst. de act. n. 10.
c 2. feud. 35.
d 2. feud. 55. c. 5. 5. x. de Iudic. c. 6. x. de foro comp.
e t. t. C. de prohib. sequestr. pec. ibique DD.
f Vide Struv. ad tit. ff. de pign. § 12. ibique Carpzovium, Mevium, Colerum, Richterum.

CAP. III. PARS VII.

De caussis actionum in personam & quidem de Obligationibus in genere.

An obligatio sit causa immediata actionum in personam? Quæstio nova nec magni usus: affirmanda tamen, quia veteres Iuris Authores non ex jure ad rem sed obligatione nasci dicunt. Quamprimum obligatio nata est nascitur & actio. § 2. An obligatio pertineat ad jus personarum, an ad jus rerum, an ad actionum? Diverso respectu nunc ad has nunc ad illas potest referri species: Juxta methodum Institutionum ad jus rerum pertinet. § 3. Obligatio unde dicatur & quot modis: scilicet generaliter, specialiter & specialissimè. § 4. Definitio obligationis. Obligatio naturalis, Civilis, vel mixta.

§ 1. Visis caussis actionum in rem seu jure in re, consequitur ut dispiciamus de obligatione, quam dicere solent jus ad rem, ex quo nascuntur actiones in personam. Quando autem non adeo expeditum est, sit ne obligatio ipsum jus ad rem, an ab eo diversa, sit ne etiam causa immediata actionis, an juris in re, proinde primum heic sibi vindicat locum inquisitio, quæ vera judicanda actionum personalium causa. Sunt ex recentioribus interpretibus, quibus hoc magno excutere conatu pretium videtur operæ, & cornicum oculos se configere posse arbitrati, actionem in personam non ex obligatione, sed jure ad rem, hoc vero ex juris illo vinculo nasci contendunt. Novum aucupium & sterile. Quod cer-

te nec veterum juris Authorum unquam vexavit atria, nec nostra turbavit aut unquam turbabit fora: forte nec tanti usus, quanti illa quæstio Ulpiani J Cti: *an lana legata etiam comprehendat caprinam, leporinam, anserinam*[a]. Quid tamen hic rectius melius sit, paucis demonstrabimus. Phrasin illam *jus ad rem* alienam esse à jure Civili, in superioribus demonstravimus. Itaque minimè mirum est, si veteres actionem non dixerunt nasci ex jure ad rem, cum ignorata illis sit hæc loquendi ratio. Causam actionum in personam expressuri, dicunt illam ex obligatione nasci. Justinianus scaturiginem actionum personalium aperturus ait[b]: *agit unusquisque cum eo qui ei obligatus est vel ex contractu, vel ex maleficio. Obligationis*, non *juris ad rem* video mentionem. Paulus sic loquitur[c]: *Ea obligatio quæ inter Dominum & Procuratorem consistere solet, mandati parit actionem. Obligatio* ergò parit actionem non *jus ad rem*. Ulpianus[d] *in personam actio est* (inquit) *quâ cum eo agimus qui obligatus est nobis*. Nullus iterum neque hic, neque alibi sermo de jure ad rem. Hæc animadvertentes superioris ævi Interpretes, uno fere ore docuerunt matrem actionum in personam esse obligationem. Qui hanc matrem omnibus agnitam nuper voluerunt esse aviam, justas satis hujus à receptâ sententiâ divortii causas nondum protulere. Uti enim negari non potest, si ἀκριβῶς loqui velimus, aliud esse obligationem seu vinculum juris, quod Debitorem Creditori obstringit, adeoque inter utrumque medium est: aliud jus unius Creditoris, quo ille contra debitorem experitur. Ita etiam minime dissimulandum, ἀκρίβειαν illam nullo juris Civilis loco observatam, haud mereri ut à veteri atque recepta loquendi ratione recedamus. Quid? quod in specie juris in re fieri observavimus, cur non etiam admittamus in jure ad rem: scilicet ut una vox (obligatio) & jus ad rem, & causam ejus denotet? quemadmodum pignus & jus in re & causam ejus significare novimus. Et cur non dicamus obligationem non tantum significare vinculum juris, ex quo immediatè actio nasci nequit, sed etiam ipsum jus, quod est mater actionis: cum J Ctus inter vinculum juris quod producit & aliud jus ex quo condictio nascitur, nullum discrimen faciat. Neque repugnavero si cum aliis viris doctis dicas, Obligationem esse totum, jus ad rem partem ejus: ita ut qui obligationem acquisitam habet, & jus ad rem simul habeat. Illos vero ut toleremus juris ratio haud patitur, qui distincta partus tempora quasi inter

a l. 70. ff. de leg. 1.

b § 1. Inst. de act.

c l. 42. ff. de Procurator.

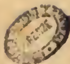
d l. 25. ff. de O. & A.

inter aviam, matrem & filiam commenti, prius obligationem, tum jus ad rem & tandem inde actionem in personam nasci contendunt. Somniare videntur quæ vigilantes volunt. Nullo certè juris loco demonstrabunt tempus medium inter natalem obligationis & actionis. Quamvis effectus actionis seu exactio aliquando differatur, ob pactum aliamve causam, cum ipsa obligatione tamen statim nasci legitimam facultatem agendi contra obligatum, neque heic expectandum esse aliud tempus partus juris ad rem, omnia evincunt loca, actionem ex obligatione nasci docentia.

§ 2. Gemina huic nec usu aut antiquitate multum dissimilis videtur quæstio, an obligatio pertineat ad jus personarum, an ad rerum, an ad actionum. Communis DD. Schola ad jus rerum refert. Loriottus, Vultejus, Mathæus major, Wissenbachius, alii ad jus personarum. Alii ad jus actionum. Si de methodo & sensu Triboniani, tria illa summa juris capita facientis quæras, non dubito, quin is crediderit se jus personarum libro primo, jus rerum secundo, tertio & prioribus quinque capitibus libri quarti absolvisse, adeoque obligationem ad jus rerum retulerit. Sic enim exorditur librum secundum: *Superiore libro de jure personarum exposuimus, modo videamus de rebus.* Sic libri quarti caput sextum: *Superest ut de actionibus loquamur.* Ex quibus manifestissimè cernitur, ubi de personis, ubi de rebus, ubi de actionibus agere velit Justinianus. Cujus quidem methodus etsi aliàs sæpe parum accurata sit, heic tamen ferri potest, quod obligatio etiam sit res incorporalis ejusque acquirendæ & amittendæ jus & effectus non adeo aliena sint à tractatu rerum aliarum, quam à tractatu personarum aut actionum. Si vero non de sententia Justiniani aut Triboniani, sed simpliciter quæras, & non tantum jus quod est de statu libertatis, civitatis & familiæ, sed & quod de adjunctis personarum, veluti dignitate, potestate, divitiis, &c. considerare velis, non incommodè jus obligationum inter jura personarum retuleris. Contra si obligationem ut causam actionum in personam æstimemus, non poterimus illam à jure actionum separare, nisi & tritum illud Philosophorum rem ex causis suis dijudicandam, in easque maximopere inquirendum, negare atque hoc ipso loco extra oleas vagari velimus. Hæc cum certissimis juris nitantur fundamentis, non possunt non esse inepta DD. argumenta, quibus sive hanc sive

illam firmare satagunt sententiam. Vulgus concludit, Obligationes sunt inventæ ut unusquisque sibi acquirat. Res obligatùr pignori. Personalia exstinguuntur cum personis: Obligationis est commercium. Ergo pertinet ad jus rerum non personarum. Loriottus ejusque asseclæ urgent, Persona obligatur non res. Ergo pertinet ad jus personarum non rerum. Male! Sed satis de methodo, quam certum est Justiniano ubique non accurate observatam esse, sive quod juris authores de re tantilla in tractatu gravi non anxie laborare voluerint, sive quod forensibus sueti negotiis & occupati, exactam methodi curam habere non potuerint.

§ 3. Nunc ad rem ipsam. Obligatio à ligando seu vinciendo atque inde Justiniano[a] vinculum dicitur. Ligantur autem non tantum homines, eorumq; animi & sententiæ, sed & bruta, arbores aliaque. Sic Cicero ad Brutum *obligationem animi & sententiæ maxime in rebus arduis graviorem* dicit. Hinc & illud tritum Glossæ: *Verba ligant homines, taurorum cornua funes: Cornu bos capitur, voce tenetur homo.* Atque sic vulgo accipitur Obligatio. Juris authoribus autem hæc vox nunc propriè, nunc metonymice capitur. Et propriè quidem iterum vel generaliter, vel specialiter, vel specialissimè. Generalius accepta obligatio significat quodcunque juris vinculum, sive eo persona nobis obstricta sit, sive res ipsa: quomodo Justinianus etiam jus in re hâc voce comprehendit, quando ait[b]: *Si in judicio tecum actum fuerit sive in rem sive in personam, nihilominus obligatio durat.* Atque hoc sensu Grotius obligationem ad restituendum ex dominio nasci ait[c]. Sic res ipsa passim JCtis dicitur obligari[d]. Huc etiam potest referri obligatio quæ ex pietate, reverentia aliaque virtute quam justitiâ commutativâ descendit: quomodo JCtus parentibus pietatem deberi ait[e]. Specialis & propria hujus vocis significatio est, cum accipitur pro juris vinculo, quo quis tenetur quid dare vel facere, sive ea descendat ex delicto, sive aliunde. Unde JCtus Gajus ait[f]: *Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris.*



Specialissima & propria significatio est, cùm obligatio κατ' ἐξοχὴν pro eâ accipitur specie, quæ ex conventione descendit, quo sensu dicitur pupillum sine tutoris authoritate obligari non posse[g], puberes sine curatoribus obligari. Item obligationum quatuor causas esse, diem, conditionem, modum & accessionem[i]. Atque

a pr. Inst. d. Obl.

b § 5. Inst. de Except.

c lib. 2. c. 2. & 10 de jure bell. & pac.

d l. 4. & seqq. ff. de pignor. & hyp. l. 1. § 1. l. 41. ff. de pign. act.

e l. 4. ff. de Curatoribus fur. add. l. 5. ff. ad L. Pomp. de parricid.

f l. 1. ff. d. Obl. & act.

g l. 43. d. O & A.

h l. 101. d. V. O.

i l. 44. ff. de O & A.

que sic obligatio videtur definiri juris vinculum, quo adstringimur alicui rei s[olv]endæ [a]; nisi vocem solutionis tam latè accipere velis, ut etiam comprehendat satisfactionem, quæ exigitur in delictis.

Tandem etiam minus propriè & per metonomiam effecti pro causâ, obligatio accipitur pro ipso contractu. Sic Gajus dicit *obligationes quæ consensu contrahuntur* [b], pro contractibus consensualibus. & Paulus *civilem obligationem* pro contractu juris Civilis [c]. Imp. Alexander *Verborum obligationem* pro contractu verborum [d]. Alii similiter.

a § 1. *Inst. de Oblig.*

b *l. 4. ff. de pign. & hyp.*

c *l. 5. § 1. ff. de præsc. Verb.*

d *l. 6. in fin. Cod. de transact.*

§ 4. Sed satis de nomine. videamus rem ipsam: quam quidem toto jure Civili accuratè definitam aut divisam videre non licet: Quæ enim in Institutionibus hâc de re proponit Justinianus, ad omnes obligationum species minimè pertinent, sed eas tantum respiciunt, quæ actionem eamque efficacem producunt, quas vulgo solent civiles aut mixtas appellare, præter quas tamen & aliæ reperiuntur, quarum haud contemnendus est usus & effectus in jure Civili; sive respicias ad eas, quæ nullam prorsus pariunt actionem, sive ad eas, quæ pariunt quidem, sed talem quæ exceptione eliditur. Itaque pretium operæ fuerit rem hanc ab initiis arcessere. Definimus ergo Obligationem in genere, quod *sit vinculum juris quo ad aliquid præstandum adstringimur*. Dicimus *Vinculum*, non vinctio, non adstrictio, ut per obligationem significemus, non tam actum obligandi, quam jus aliquod perpetuo durans, donec solutio obligationis fiat. Nam obligationem & jus ad rem ex usu juris haud differre supra nobis observatum est. Non autem quodlibet vinculum hujus loci est, sed *Juris*. Nulla enim est obligatio, ubi nullum jus est, cujus authoritate adstringamur. Uti autem aliquando solum Naturæ jus nobis vinculum injicit; aliquando solum jus civile, aliquando utrumque: Ita quoque obligatio rectè dividitur in Naturalem & Civilem & utraque in puram vel mixtam. Non moramur eos, qui forte ignota hæc esse veteribus JCtis vocabula contendent. Sufficit rem ipsam à jure Civili non alienam, nec verba rei parum convenientia esse, quod ex sequentibus manifestum fiet.

Pars VIII.

De Obligatione Naturali pura & inefficaci.

§. 1. Quid per obligationem naturalem intelligatur Sententia Zasii, Bodini, Cujacii, aliorum. Unum est jus naturale & una obligatio naturalis. § 2. Obligatio naturalis pura & inefficax veluti ad ἀνύδωρ. Ejus rei ratio. Error communis circa hac. §. 3. An indebitum hoc nomine solutum repeti possit? Distinguitur. Respondetur ad objecta Explicatur l. 27. ff. de donat. & concluditur ex hac obligatione certum debitum non oriri, nec ullum ejus effectum esse, ne quidem obligationem aut pignus ei accedere neque compensari posse. §. 4. Exceptio vera in liberto. Ratio exceptionis. §. 5. Secundum exemplum naturalis obligationis pure in herede integra legata debente. Explicatur l. 1. C. ad L. Falcid. §. 6. Tertium exemplum hujus oblig. ex testamento imperfecto. Varie de hac opiniones Theologorum & ICtorum. Author mediam eligit viam. §. 7. Quartum exemplum hujus obligationis in muliere intercedente. §. 8. Quintum exemplum in pupillo. Quod tamen simpliciter minimè verum est. Distinctio in hac quaestione. De variâ ætate pupillari. §. 9. Sextum exemplum alii statuunt in obligatione servi. Septimum in donatore alieni. Octavum in fideicommisso Nonum in transactione alimentorum.

§ 1. Sed antequam progrediamur videndum quænam hoc loco intelligatur obligatio naturalis. Quid enim aut quotuplex hæc sit parum convenit inter DD. quorum dissensioni causam videtur dedisse JCtis recepta varia & imprimis minus propria illa acceptio juris naturalis: quando id definitur *jus quod natura omnia animalia docuit qua cœlo, qua terrâ, qua mari nascuntur*[a]. Unde Zasius & alii aliam faciunt obligationem naturalem quæ in puris naturalibus subsistit, nobisque cum bestiis communis est: aliam quæ plus vinculi habeat ad Civilia. Bodinus[b] aliam facit obligationem naturalem, aliam juris gentium & non naturalem, aliam naturalem & juris gentium, aliam Civilem tantum. Plerique aliam obligationem juris gentium primævi, aliam secundarii efficiunt. Cujacius[c] quoque obligationem juris naturalis quæ servis convenit, distinguit à juris gentium quam non æque iis convenire ait: Omnes infæliciter! Nobis verissimum videtur unum esse jus naturale, quod natura omnes homines docuit, nec humano ingenio excogitatum est. Quod

a *Princ. Inst. de jur. Nat. Gent. & Civil.*

b *distribut. jur. Univers. p. 36.*

c *ad l. 32. ff. d. R. I.*

Quod vero de omnibus animalibus dicit Justinianus non ad jus, sed instinctum naturalem pertinet. Jus non cadit in alia animalia quam quæ sunt capacia rationis, cujus παραδείγματα in brutis agnoscunt JCti & Philosophi, non veram præsentiam. Unde Paulus & Justinianus[a] negant *animal injuriam facere posse quod sensu caret.* Equidem gratitudinis indicia etiam in brutis animadvertere licet. alunt, amant, tuentur sobolem, sed hæc & consimilia non jure, sed instinctu naturæ. Jus autem naturale aliquando accipitur strictius & opponitur juri gentium, sive ei quod naturalis ratio inter omnes fere gentes constituit [b]: aliquando latius, ut comprehendat jus gentium, quæ significatio tum plurimis aliis Juris Civilis locis convenit [c], tum huic tractatui de obligatione naturali. Quare Paulus ait [d]: *Is natura debet quem jure gentium dare oportet.* Ubi vox *oportet* moralem necessitatem significat. Quò etiam facit illud Papiniani [e]: *Naturalis obligatio, ut pecuniæ numeratione, ita justo pacto vel jurejurando ipso jure tollitur, quod vinculum æquitatis, quo solo sustinebatur, conventionis æquitate dissolvitur.* Ergò obligatio naturalis nihil aliud est quam vinculum quod introduxit æquitas naturalis, quæ cum una & simplex sit, unam etiam merito facimus tantum obligationem naturalem. Respectu tamen negotii ob quod nos naturalis æquitas obstringit plures sunt naturales obligationes, alia ex consensu, alia ex beneficio, alia ex pietate, alia aliunde, ceu ex sequentibus apparebit: Quamobrem minus rectè sentiunt Vasquius & alii qui omnem naturalem obligationem ex consensu fere metiuntur. Neque ferri potest sententia Vulgi [f] omnem ex conventione obligationem naturalem nasci volentis: Quot enim non conventiones reperias quas æquitas deficit & recta ratio? Non jam dicam de conventione non seriâ aut deliberatâ, quæ forte conventionis nomen non meretur. Sed fac pactum esse contra bonos mores, contra salutem societatis civilis, contra rectam rationem, pudorem & verecundiam naturalem, num inde naturalem oriri obligationem dices? Rectè Papinianus dicto loco pactū non quodlibet, sed justum requirit ad dissolvendam obligationem naturalem. Rectè ergò etiam talis conventio ad constituendam necessaria dicitur, cum tritum sit: *Secundum naturam esse ut unumquodque eo modo dissolvatur quo colligatum est* [g]. Itaque naturalis obligatio pura est vinculum solius juris Naturæ, quod authoritas juris Civilis destituit, aliquando in totum,

a *l. 1. §. 1. ff. Quadrup. paup. pr. Inst. eod.*

b *§. 1. Inst. de jur. nat. Gent.*

c *§. 1. §. 11. Inst. d. Rer. divis.*

d *l. 84. §. 1. ff. de R. I.*

e *l. 95. §. 4. ff. de solut.*

f *Hillig. ad Don. lib. 12. c. 2. lit. B.*

g *l. 35. ff. de R. I.*

totum, quó casu plane inefficax est illa obligatio: aliquando pro parte potissimâ, scilicet cum actiò inde non datur.

§. 2. Ad primum ergo genus pertinet 1. obligatio ad ἀντίδωρα, de quâ Ulpianus a: *Nec si donaverint locupletiores facti esse videbuntur, quamvis ad remunerandum aliquem sibi naturaliter obligaverunt.* Ita est: In quem donum confertur ab eo pudor naturalis exigit redhostimentum aliquod. Sed solus pudor hoc exigit naturalis. Jure Civili nulla est hujus debiti solvendi necessitas, nullus hujus obligationis effectus: nulla ad exigendum ab ingrato prodita actío, si ἀντίδωρον suâ sponte solvere recuset. Unde Seneca[b]: *Nemo beneficia in Kalendario scribit.* Indeque Ulpianus negat locupletiorem esse factum aut res opesve ejus auctas videri, cui talis obligatio quæsita est. Quâ de re minus dubitabit, quicunque consideraverit neque jus naturæ, neque rationem intellectus certò taxare, quid quantumve pro beneficio solvere debeamus: quodque gratitudo animi, verbis saltem expressa, aut officiis, quavis remuneratione acceptior sit: maxime ditioribus ut observat Castrensis, Donellus, alii. Memorabile ad hanc rem est responsum Celsi filii, qui dicit eum qui dedit rem, sperans se ab illo cui dederat remunerari, vel amiciorem sibi eum futurum, causa ob quam dedit non secutâ, repetere non posse, quia scilicet ad remunerandum nemo cogitur, cum hoc nec verum, nec certum debitum sit: cumque aliter opinatus, falsâ opinione deceptus sit[c]. Et Ulpianus eum qui affectionem amicalem promisit mandati teneri negat[d]. Unde vulgò concludunt, ex verbis honorificis (Complimenta vocant nostrates) non nasci obligationem. Quid? qui beneficium in alium gratis confert nihil redhostimenti nomine pactus, omnem gratiam arbitrio ejus cui benefecit permittere videtur. Unde nulla jure Civili est obligatio. Nam, ut ait JCtus Pomponius[e]: *Sub hac conditione si volam, nulla fit obligatio. Pro non dicto enim est quod dare nisi velis cogi non possis.* Atque hinc fit ut multi obligationem ad ἀντίδωρα naturalis obligationis nomine indignam judicent. Jason[f] generalem & improprissimam vocat. Bartolus[g] eam merè stare à cordibus laicorum ait: Giphanius h philosophicam: Frantzkius[i] ethicam potius quam juridicam dicit: quæ uti tolerari possunt, ita minime ferendus error Jasonis[k], Felini l. Tiraquelli[m] & fere communis hos secutæ Interpretum Scholæ, qui majore cumulandi quam discernendi

a l.25. § 11. ff. de petit. hered.
b 1. de benef.
c l.3. § 7. de Cond. caus. dat.
d l.10. § 7. ff. mandat.
e l.8. ff. de O & A.
f in l.26. § libertus n. 5. ff. de Cond. indeb.
g in l.5. n. 18. ff. de justit. & jur.
h ad l.14. C. de Obl. & A.
i Exerc. 9. q. 1. n 7.
k in d. l.5. ff. de Iustit. & jur. l.26. ff. d. cond. indeb.
l in c. novit 13. x. de Iudic.
m in l.6. verb. donation. largitus n. 11. & seq. C. d revoc. don.

nendi studio octodecim & plures effectus obligationis hujus longâ serie enarrant, onerosam causam per omnia hinc efficientes. Sed pleraque ipsorum asserta pertinent ad obligationem non contractam, sed impletam & solutam: non ad remunerationes debitas solâ verecundiâ naturali, sed ad præstitas factasque voluntate ejus cui benefactum: quæ curatè distinguit Ulpianus quando ait [a]: *Nec si donaverint locupletiores facti videbuntur, quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt. Plane si ἀντίδωρα id est remunerationes acceperunt, dicendum est eatenus locupletiores factos, quatenus acceperunt velut genus quoddam hoc esset permutationis.*

a d. l. 25. § 11. ff. de petit. hered.

§. 3. Illa vero maximè vexata hic occurrit quæstio: An indebitum solutum repeti possit ab eo cui solvens ad ἀντίδωρα sive remunerandi obligatione tenetur? Communior sententia affirmat [b]: Negant tamen id Zasius [c], Covarruvias [d], Mantica [e], Grotius aliique non pauci. Nobis cum Bachovio [f], plenius distinguendum videtur. Vel enim qui ad ἀντίδωρα obligatus est solvit simpliciter, Vel remunerandi causâ. Si simpliciter, condictioni omninò locus est: quia hoc non est actum, ut obligatio contrahatur nova præter naturalem illam vagam & incertam: Si remunerandi gratiâ, subdistinguendum, utrum donandi animo solverit, an vero causâ dissolvendi obligationem naturalem, quâ errore juris ductus credidit se teneri ad hanc solutionem. Priori casu certum est cessare condictionem, non quidem ob priorem incertam & vagam illam obligationem ad ἀντίδωρα, sed quod solutio à prudente & sciente absque animo repetendi facta est, ut rectè observat Surdus [g], adeoque ob novum & tacitum pactum. Posteriori casu, de quo maximè disputant DD. repeti posse solutum verius est: quoniam ex obligatione illâ ad ἀντίδωρα verum & determinatum naturale debitum non resultat. Quæ enim leges naturalem obligationem condictionem indebiti impedire volunt, verum atque certum naturale debitum præsupponunt.

b Treut. l. 1. disp. 22. Aq. lit. a.
c l. resp. 35. n. 12.
d in. C. cum in officiis n. 10. X. de testam.
e de tacit. & ambig. Convent. lib. 10. tit. 6. n. 5.
f ad Tr. d. disp. 22.
g Decis. 115. n. 11.

Frustra hisce objiciunt nonnulli quod Ulpianus non tantum naturalem obligationem sed & genus permutationis vocat. Illud fit per abusionem & tamen sine mentione debiti: hoc pertinet ad obligationem non contractam, sed impletam. Neque objicias quod Gajus ait [h], *Qui largitus est eum beneficii sibi debitorem acquirere. Unde & eum furti teneri qui ideo rem amovet ut alteri donet.* Nam & hic

h l. 54. §. ff. de furt.

abutitur voce debiti. Et nescio an satis convenientem rationem furti heic assignet, cum certum sit, verum lucrum ex hoc debito non redundare, & furti teneri nonnunquam qui animum furandi non habet [a]. Neque etiam nostris officit quod nonnunquam actio detur contra ingratum, unde multo magis retentio. Nam & rarius, duobus tantum casibus, nempe si vel donatarius, vel libertus ingratus sit [b], actio adversus ingratum datur. Adversus alios actionibus ingrati (teste Seneca) fora non sufficerent. Et illis casibus quibus actio adversus ingratum datur, utique concedenda est etiam retentio, cum tunc & civilis obligatio, & certum debitum adsit. Unde minimè sequitur eundem effectum competere incertæ obligationi ad ἀντίδωρα. Cave sis, etiam ex loco Ulpiani [c], *Si non sortem quis sed usuram indebitas solvit repetere non poterit si sortis debita solvit*, concludere, eum qui præstat usuras sortis gratuito mutuo datæ, in remunerationem beneficii accepti solvisse videri, nec repetere posse, quasi ex obligatione ad ἀντίδωρα naturale debitum sit. Nulla enim hic mentio, nullum vestigium hujus obligationis aut debiti. Neque supponi potest facti species quæ repugnat juri ante memorato. Dicendum potius cum Accursio & aliis, Usuras hic intelligi nudo pacto promissas, quæ juxta regulam juris Civilis in stricti juris judiciis indebitæ sunt, jure tamen naturali debitæ. Minus obstat locus alter Ulpiani [d] ubi ait, *Si fidejussori donationis causa acceptum factum sit à Creditore, puto si fidejussorem remunerari voluit creditor habere eum mandati actionem*. Nihil enim aliud hinc colligere licet, nisi quod qui obligatus est ad ἀντίδωρα, vicem beneficii quandoque rependat volens, & si eo animo Creditor fidejussori acceptum tulerit, perinde hoc habeatur, ac si pecunia à fidejussore Creditori soluta ac ab hoc illi reddita fuisset: quæ ficta solutio fidejussori adversus Debitorem actionem mandati non minus parit, quam vera. Frustra etiam contra hæc adducitur causa Nicostrati de qua sic Papinianus [e], *Aquilius Regulus Juvenis ad Nicostratum Rhetorem scripsit. Quoniam & cum patre meo semper fuisti & me eloquentia & diligentia tua meliorem reddidisti, dono & permitto tibi habitare in illo cœnaculo eoque uti: Defuncto Regulo controversiam habitationis patiebatur Nicostratus, & cum de ea re mecum contulisset, dixi posse defendi non meram donationem esse, verum officium Magistri quadam mercede remuneratum Regulum; ideoque non videri donationem sequentis temporis irritam*

[a] l. 77. & 81. ff. de furtis.

[b] l. ult. C. de Revoc. don. §. 1. Inst. de Cap. dim.

[c] l. 26. pr. ff. de Cond. indeb.

[d] l. 10. §. ult. ff. mandati.

[e] l. 27. ff. de donat.

tam

tam esse: Quod si expulsus Nicostratus veniat ad Judicem ad exemplum interdicti quod fructuario proponitur defendendus erit, quasi loco possessoris constitutus qui usum cœnaculi accepit: Hinc vulgus DD. primum obligationem ad ἀντίδωρα veram contendit obligationem: tum illi hanc vim tribuit, ut ex donatione propriâ faciat impropriam. Inde magna conclusionum series illa. Ergò cum valere non possit donatio valet remuneratio. Ergò si illa summam 500. solidorum excedat insinuatione non eget. Ergò hæc donatio non revocatur ab ingrato. Ergò ut (paucis multa) regulis donationis non est metienda remuneratoria. Sequitur tandem obligationem naturalem πρὸς ἀντίδωρα non exiguam habere vim; Hæc quamvis receptior sit sententia (auctore Julio Claro [a]) vereor tamen ut per rationem juris Civilis universaliter subsistere queat. Primo enim constat (quod in genere monuimus ante) locum hunc non agere de obligatione ad ἀντίδωρα contracta & simpliciter considerata, quam incertam & vagam diximus, sed de obligatione jam impletâ & per superveniens pactum donationis ad certitudinem redactâ. Tum etiam locus non agit de quolibet beneficio, sed illo Rhetoris, quod gratis præstari non solet, sed cujus nomine merces extraordinaria persecutione peti potest teste Ulpiano [b]. At inquis quæ ergo hic ratio dubitandi. Cur mota Nicostrato controversia. Hoc Scævola expedit quando ait: *habitatione gratis concessâ heredes posse mutare voluntatem* [c]. Atqui Regulus dicit *dono*. Ergo gratis videtur concedere, sed re verâ gratis non concedit, quia ad mercedem tenetur, quæ vox quamvis alias remunerationi solet opponi, hic tamen latius accipitur ut & alibi [d]. Hoc jure ergò Nicostratus etiam post mortem Aquilii habitare pergit, & si vi expellatur, ab heredibus interdicto unde vi repetit possessionem, quia hoc quoque Usufructario datur quamvis verè non possideat [e]. Consequitur ergò quod sæpius diximus nullum ex obligatione ad ἀντίδωρα esse verum debitum naturale, adeoque nec condictionem indebiti impedire, nec retentioni aut compensationi locum facere, nec (ut rectè observat Mantica [f]) huic fidejussorem aut pignus accedere posse. Unde ineptè quærit Carocius [g], an fidejussori antidorali competat beneficium ordinis? qui competet? Cum debitor conveniri non possit?

§ 4. Cæterum regula quam fecimus de inefficaci hac obligatio-

a § donatio 4. sent. 3.

b in l. 1 pr. ff. de Extraord. cognit.

c l. 32. ff. de donat.

d l. 29. ff. de pecul. l. 19. § 1. ff. de donat.

e l. 3. § 3. ff. de Vi & Vi arm.

f de Tac. & ambig. conv. lib. 1. tit. 2. n. 35.

g tr. de Excuss. bon. p. 2. q. 22. n. 27. & seq.

ne nonnullas patitur exceptiones. Nam & retineri nec repeti posse solutum censent DD. si id ipsum propter quod contracta est obligatio antidoralis solvatur, quem casum Papiniano [a] observatum putant. Sed falluntur: locus in hanc rem citatus nihil ejus meminit. Alteram exceptionem faciunt si donatarius scienter solvat animo liberandi se ab obligatione antidorali. Sed jam ante monuimus tum obligationem illam non subsistere solam, sed accedere tacitum pactum de donando, quo ipso incerta ante naturalis obligatio, certa redditur. Vera demum exceptio à regula cernitur in liberto, de quo Ulpianus [b], *Libertus cum se putaret operas Patrono debere solvit. Condicere eum non posse, quamvis putans se obligatum solvit Iulianus libro decimò Digestorum scripsit. Natura enim operas Patrono libertus debet. Sed etsi non operæ Patrono sint solutæ sed cum officium ab eo desideraretur cum Patrono decidit pecunia & solvit, repetere non potest.* Procul dubio speciali hoc ratione constitutum est in liberto, quod non vulgare donum, sed inæstimabile beneficium libertus à Patrono nactus atque ideo juri Patronatus non tantum in reverentia sed & in operis, successionibus, tutelis & aliis conspicuo obnoxius sit. Quare Romani indignum judicarunt si hæc obligatio in solâ verecundiâ naturali subsisteret & nullo jure Civili adjuvaretur. Itaque aliqua hujus obligationis naturalis est quidē utilitas, sed tamen non plena exactionis vis. Neque enim operas certas Patronus exigere potest vi naturalis illius obligationis, si non accedat specialis liberti promissio quæ parit obligationem civilem. Unde Pomponius ait [c]: *operas stipulatus ante peractum diem, operas ejus diei petere non potest.* Imo hæc obligatio naturalis ne quidem facit ut operæ artificiales si indebitæ præstitæ sint, repeti non possint teste: enim Ulpiano condici potest *quanti operas illas fabriles conducturus fuissem* [d]. Recte! cum facta per rerum naturam repeti aut infecta fieri non possint [e], æstimatio eorum condicenda est. Ille tamen etiam ex jure Civili specialis est hujus naturalis obligationis effectus, ut, cum ex jurejurando non magis quam nudo pacto nascatur actio, operæ tamen jurejurando liberti promissæ exigi possint. Quare Ulpianus ait [f]: *Ut jurisjurandi obligatio contrahatur libertum esse oportet qui juret, & libertatis causâ jurare.* Quod ergò ita singulari jure de obligatione naturali liberti cautum videmus, id non recte [g] ad quamlibet aliam obligationem naturalem extendere satagunt.

a in l. 49. § 1. ff. de fidejussor.

b l. 26. § 12. ff. de Cond. indeb.

c l. 3. ff. de oper. libert.

d d. l. 26. § 12. ff. de Cond. indeb.

e l. pen. ff. de præscr. Verb.

f l. 7. pr. ff. de oper. libert.

g ad d. l. 26. § 12. ff. de Cond. indeb.

§. 5. Ad primum genus naturalis obligationis II. referri solet Vinculum illud naturale, quo heres integra legata adstringitur solvere non detractâ quartâ, quam per legem Falcidiam detrahere licet. De quo sic Imperatores Severus & Antoninus [a]: *Scire debes omissa Falcidia, quo pleniorem fidem restituendæ portionis exhiberes non videri plus debito solutum esse.* Ergò id quod lege Civili heres legatis detrahere potuit, si solverit non habetur pro indebito sed dicitur solutio debiti. Unde & secundum Justiniani Decisionem condici aut repeti non potest sive ipsa solutio, sive de solutione cautio facta sit [b]: *Cum certum sit* (ait) *Heredem qui plenam fidem testatori exhibet, in solidum legata dependentem, non posse postea rationem legis Falcidiæ prætendentem repetitione uti, quia videtur voluntatem testatoris sequi, jubemus hoc simili modo firmum haberi etsi cautionem super integra legatorum solutione fecerit.* Equidem ante legem Falcidiam sine dubio hæc obligatio non fuit pura naturalis, sed & jus Civile ipsa aditione heredem quasi cum legatariis contraxisse fingit & ex quasi contractu obligari vult: quam obligationem lex Falcidia non sustulit, sed hoc tantum beneficium tribuit heredi, ut invitus plus dodrante solvere non cogeretur, nisi ipse se hoc beneficio indignum reddidisset, aut ei renunciasse videretur, aut favor causæ aut personę Creditoris obstaret. Nam his aliisque casibus Legem Falcidiam cessare certum est. Hinc fortius videtur hoc vinculum quam solius naturæ. Quare etiam Severus & Antoninus non putant *plus debito* solvere, qui ultra dodrantem solvit. Unde etiam plus petere non videbitur Legatarius qui integra legata petit. Quia tamen jure Civili propriè debitor dicitur *à quo invito exigi potest* [c], ideoque debita ultra dodrantem legata, non videntur jure Civili propriè deberi, cum rarius ab invito exigantur. Quod autem Justinianus negat solutum repeti posse, id non fit vi naturalis hujus obligationis, cui non plus efficaciæ tribuendum, quam obligationi ad *ἀντίδωρα*: sed vi taciti pacti, aut renunciationis, quam lex ex solutione præsumit. Nam extra-hunc casum & paucos alios exceptos, legatarius integra legata retinere non potest, sed quod dodrantem excedit, ab herede repetitur ut vult Paulus hisce [d]: *Si legatarius possessionem nactus est, & non potest avocari ei res quia voluntate heredis errantis nactus est possessionem, dabitur actio heredi ut id quod supra dodrantem est offeratur.*

a l. 1. C. ad L. Falcid.

b l. ult. C. ad L. Falcid.

c l. 108. ff. de V. S.

d l. 1. §. 11. ff. ad L. Falcid.

§.6. III. Ad naturalem hanc obligationem refertur vinculum, quo heres ab inteſtato adſtringitur teſtamentum imperfectum ratione ſolemnitatum ſervare. Sed de hàc obligatione res etiam non eſt adeo expedita ſed valde controverſa tum inter Theologos, tum inter JCtos. Petrus Laimannus in theologia morali 4. diſſentientium opiniones refert. Covarruvias [a] hic agnoſcit obligationem moralem non naturalem. Sed ludit in verbis. Reipſâ moralis non differt à naturali. Baldus, Ripa, Graſſus eoſque ſecuti Treutlerus [b] Hahnius [c] alii, negant hoc eſſe vinculum juris naturæ, quod ratio & modus ordinandi teſtamenta non ſit juris naturalis, ſed poſitivi, quodque ratio ejus etiam in foro conſcientiæ obſtringat & Magiſtratui certas ſolennitates præcipienti, obediendum ſit: putant tamen hoc fallere in eo qui ſponte talem ultimam voluntatem agnoſcit, cujus etiam civilis ſit obligatio [d] 2. in eo qui præſens fideicommiſſum relictum tacitè approbat [e] 3. ſecundum Suarez [f] & alios in teſtamento ad pias cauſas: Quod Hahnius reſponſis aliquot ICtorum Jenenſium confirmat. Sed regulam contrariam faciunt non tantum Theologi morales, Molina, Leſſius, Grotius, alii: ſed & JCti, Bartolus, Jaſon, eoſque præter alios ſecutus Bachovius [g], ratus non obſtante ſolennitatum deliquio, heredem ab inteſtato naturaliter obligari voluntatem defuncti implere. Mihi cum in utrâque ſententia ſit quod ſperni non poſſit, media quædam via hic quærenda videtur. Nam naturaliter quidem obligari heredem ab inteſtato agnoſco, heredemque teſtamento minus ſolenni ſcripto, hereditatem ſalva pietate, ſalva conſcientia retinere poſſe, donec heres ab inteſtato jure Civili eam vindicet, puto. At naturalem hanc obligationem jure Civili ita impediri credo, ut etiam heres ab inteſtato ſalvâ pietate & conſcientiâ, hereditatem, ſi velit, ſibi retinere poſſit: Utrumque nunc planum facturus. Quantum ad prius; Certum eſt & tritum axioma *Nihil tam convenire naturali æquitati quam voluntatem Domini volentis rem ſuam in alium transferre ratam haberi* [h]. Jus naturale ergò ad alienationem nihil requirit niſi voluntatem Domini. Certum modum probandæ hujus voluntatis, aut ſolennitates à jure civili ad vitandas fraudes introductas jus naturale non definit. Itaque qui ex voluntate Domini quomodocunque probatâ hereditatem tenet aut petit, jure naturæ tenet & petit: eodemque jure naturæ heres ab

a *in c. cum eſſes x. de teſtament.*

b *p 2. diſp. 10. θ. 5.*

c *ad Weſ. ff Qui teſt. fac. poſſ.*

d *l. 2. C. de Fideicommiſſ. l. 16 C. de teſtam.*

e *l. fin. C. de fideic. §. ult. Inſt. de fideic. her.*

f *l. 3. de legib. c. 32. n. 6.*

g *ad Tr. p. 2. diſp. 10. θ. 5. & ad Inſt. de Obl.*

h *§. 40 Inſt. de rer. diviſ.*

ab intestato obligatur, ne naturalem hanc alienationem faciat irritam. Hoc vinculum naturale non ignorarunt Romani. Plinius [a], ait *Defunctorum voluntates intellectas etsi subtilitas juris refragetur pro jure esse*. Justinianus scribit [b] Fideicommissa primis illis temporibus, quibus nulla juris civilis authoritate juvabantur, tamen pudore eorum qui rogabantur contenta fuisse. Unde vero ille pudor? Certè ex æquitate naturali. Jus Civile commendat ne heres deducat quartam [c]: non aliam ob rationem, quam quia contra voluntatem defuncti est [d], quam sustinet jus naturale. Neque aliud fundamentum Clausulæ Codicillaris heredem testamento minus solenni obligantis est, quam quod illa voluntatem ostendat testatoris. Facit huc elegans locus Pauli [e], ubi scribit: *In testamento quod perfectum non erat, alumnæ suæ libertatem & fideicommissa dedit, cum omnia ut ab intestato egissent, quæsiit Imperator an ut ex causâ fideicommissi manumissa fuisset & inter locutus est, Etiamsi nihil ab intestato pater petisset pios tamen filios debuisse manumittere eam quam pater dilexisset.* Ergò etsi constaret testamentum esse imperfectum, adeoque jure testamenti inde nihil deberi; etsi constaret testatorem ex causâ intestati nihil voluisse, unde videri posset alumnæ relicta nullo jure peti posse, tamen ipsa pietas, hoc est pudor & verecundia naturalis jubet, ut filii relictam libertatem præstent ei quam pater dilexisset: hoc est, ut qualencumque & vel ex dilectione præsumptam impleant voluntatem Patris. Sane septenarius numerus testium similesque solennitates juris sunt positivi, legeque civili nunc augeri, nunc minui possunt, & uti jure Cananico moribus nostris locis haud paucis multum imminutæ sunt [f]. Et sacer Codex in ore duorum aut trium omne verum consistere ait. Quid ni ergò obligatio juris naturalis etiam sine solennitate consistat? Cæterum ut & posterius membrum sententiæ nostræ exequamur, non adeo naturalis hæc obligatio est, ut nihil circa eam jus Civile mutare, aut heres ab intestato juris Civilis authoritatem secutus, salvam pietatem aut conscientiam habere possit. Cum extra controversiam sit, Majestati jus esse, pro utilitate & securitate rerum & reipublicæ leges condendi & ad simplicitatem juris naturalis, alias cautiones adjiciendi: hocque jus Civile omnes Cives non tantum obligare, ad hujus juris observationem, sed & observantibus tutam & securam conscientiam præstare: quia Deus & ipsa ratio

a *lib.4. ep.10.*
b *princ. Inst. de fideic. hered.*
c *l.1. & ult. C. ad L. Falcid. l.5. §.15. ff. de don. int. V. it V.*
d *l.86. in fin. ff. ad L. Falc. Paul. lib.4. sent.3.*
e *l.38. ff. de Fideicom. libert.*
f *Geil. 2. obs. 123. Mins. 5. obs. 12. Groenew. ad tit. Inst. de test. ord.*

ratio naturalis Majeſtati authoritatem adcommodat, ordinationem politicam approbat ejuſque dictis omnes obedire jubet [a]. Unde ipſius Dei leges hæ quodamomodo eſſe videntur, niſi cum legi Divinæ expreſſè repugnant: quo caſu Deo potius quam hominibus parendum [b]. Hinc etiam intelligitur quomodo in foro conſcientiæ tutus ſit quem jus Civile ſecurum facit. Quare hæc obligatio naturalis tanti non viſa eſt Romani Juris authoribus, ut condictionem indebiti impediret. Sed ut ait Dioclet. & Maximianus *Fideicommiſſum vel legatum indebitum errare facti ſolutum repeti poſſe explorati juris eſt* [c].

a Rom. 13. verſ. 1. 1 Pet. 2. verſ. 13.

b Act. 5.

c l. 7. C. de Cond. indeb.

§ 7. IV. Ad hanc claſſem referunt Obligationem mulieris intercedentis. Unumquemque enim ex promiſſo obligari naturaliter nullum eſt dubium. Ne jus civile quidem hanc obligationem ſemper deſtituit. Propter facilitatem tamen ingenii muliebris quod ut intercedat pro alio haud difficulter perſuaderi poteſt, factũ eſt SCtũ Vellejanum, quod ejuſmodi interceſſionem irritam facit, & adeo nihil ex hâc obligatione deberi vult, ut etiam quicquid inde ſolutum fuerit, tanquam indebitum repeti poſſit. Alia ratio eſt in SCto Macedoniano, quod mutuum filiifamilias improbat, qua de re Marcianus ait [d]: *Qui exceptionem perpetuam habet ſolutum per errorem repetere poteſt. Sed hoc non eſt perpetuum, nam ſiquidem ejus cauſa exceptio datur cum quo agitur, ſolutum repetere poteſt, ut accidit in SCto de interceſſionibus, ubi vero in odium ejus cui debetur exceptio datur perperam ſolutum non repetitur: veluti ſi filiusfamilias contra Macedonianum mutuam pecuniam acceperit & paterfamilias factus ſolverit, non repetit.* Ergo SCtum hanc obligationem in totum improbat etiam quoad fidejuſſores.

d l. 40. ff. de Cond. indeb.

e l. 16. ff. ad SC Vellej. & pignus l. 2. ff. Quæ res pign.

§ 8. V. Ad hanc Claſſem referunt Obligationem pupilli, ſine tutoris authoritate contrahentis. Sed de eo nihil ſimpliciter definiri poteſt, reſque valde controverſa eſt, ita in diverſum hic abeuntibus DD. ut fere quot homines tot ſententiæ ſint. Facit quod ipſum jus Civile pupillum naturaliter obligari modo ait, modo negat. Nobis ſic diſtinguendum videtur. Cum tenera ætas impediat intellectum & voluntatem, certò conſequitur, qui ejus ætatis eſt, ut conſentire non poſſit, eum naturaliter ex conſenſu obligari non poſſe. Contra ſi ætas conſenſum non impediat, naturaliter ex promiſſo obligari, ſive locupletior ſit factus, ſive non.

Cum

Cum naturalis æquitas etiam solo pacto quem obligari velit [a], quod bene confirmat Justinianus [b], quando ait: *Pupillus omne negotium recte gerit, sed quod diximus de pupillis, utique de iis verum est qui jam habent aliquem intellectum, nam infans & qui infantiæ proximus est, non multum à furioso distant, quia hujusmodi ætatis pupilli nullum habent intellectum. Sed in proximis infantiæ propter utilitatem eorum benignior juris interpretatio facta est ut idem juris habeant quod pubertati proximi.* Equidem ad constitutionem obligationis naturalis certa ætas non requiritur, sed sufficit qualiscunque per quam judicium intellectus & voluntas expediri potest: quod cum in aliis maturius, aliis tardius contingat, ne in singulis contrahentibus & negotiis necesse sit disceptare, an plenum judicium adsit, Jus Civile secundum ea quæ ut plurimum fiunt, quæque semper cum ratione præsumi possunt, generaliter definit, non tantum ætatem puberum, quæ est 14. in masculis, 12. in fœminis annorum, sed etiam pubertati & infantiæ proximam idoneam esse. Illud autem pubertatis tempus jure Veteri Digestorum non videtur ita certum aut definitum [c], sed postea à Justiniano determinatum esse [d]. Neque tamen definit quænam sit illa infantiæ aut pubertati proxima ætas: unde iterum diversæ de hac D.D. sententiæ. Alii annum 12. completum faciunt terminum infantiæ proximum: alii, decimum tertium; alii alium: communior, receptior veriorque sententia, totum illud tempus quod infantiam sequitur, usque ad pubertatem in duas æquales partes dividit, & priorem infantiæ, posteriorem pubertati proximum facit. Quando ergò infantia non usu aut naturali facultate loquendi (licet infans dicatur quasi fandi impos, sæpeque infans pro eo qui fori non potest, & vice versa qui fari potest pro infantiam egresso accipiatur [e]) sed annorum numero æstimatur atque infans habetur qui minor est 7. annis [f], consequitur infantiæ esse proximum pupillum qui annum septimum egressus & decimum cum dimidio nondum emensus est: qui hunc excessit, esse proximum pubertati. Pupillam verò infantiæ proximam esse, quæ infante major, consistit intra annum nonum & dimidium: hunc egressam, pubertati proximam duci. Hisce observatis facile intelligitur & non omnino, sed tantum respectu testamentorum verum esse quod Justinianus generaliter pronunciat impuberum nullum esse judicium [g], & naturaliter obligari ex promissis suis pupillos: nec tamen illis locis juris Civi-

a l. 1 ff. de pact.
b § 9. Inst. de inutil. stip.
c l. 49. d. legat. l. 22. Quando dies legat. ut. l. 101. § 2. de Cond. & dem. legat. l. 14. ff. de alim.
d pr. Inst. quib. mod. tut. fin. l. ult. C. quand. tut. vel Curat. esse desin.
e l. 1. § 2. ff. de adm. tut. l. 65. § pen. ff ad SC. Treb. l. 1. § 13. ff. de O. & A. l. 70. d. V. O. l 6. ff Rem pup. salv. for. l. 5. ff. d. reg. I.
f l. 18. C. de jur. delib. l. 1. § 2. ff. de adm. tut. l. 14. ff. de Sponsal.
g § 1. Inst. quib. non est permiss. fac. test.

lis quibus hoc affirmatur, quemlibet intelligi pupillum, sed illum tantum, qui intellectum habet, qualem jus civile præsumit esse qui infantiam egressus est. Hanc naturalem obligationem agnoscit JCtus Papinianus [a], qui pupillum sine tutoris authoritate nummos accipientem nec locupletiorem factum nihil quidem debere, (scil. jure civili) sed tamen naturalem obligationem contrahere dicit, alio loco hoc vinculum conventionis æquitate consistere & dissolvi ait [b]. Eandem naturalem obligationem agnoscit JCtus Paulus [c], & alii. Eandem tamen negant JCtus Licinius quando ait: *Pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem jure naturali obligatur.* Similiter Neratius [d] inquiens: *Quod pupillus sine tutoris authoritate stipulanti promiserit, solverit repetitio est: quia nec naturâ debet.* Sed hi JCti naturalem obligationem non considerant simpliciter, sed respectu effectuum, qui naturali obligationi à Jure Civili tribui solent, quos cum in obligatione pupilli plerunque cessare vident, negant illam naturalem esse. Neque enim novum est JCtis si negent existere, quod sine effectu existit: quod cum plurimi interpretes non bene observarint, eò aberrarunt, ut crediderint, pupillum ex promisso naturaliter non obligari, nisi locupletior factus esset. Male! Spontanea promissio vinculum naturalis æquitatis per se continet: ut rectè Paulus d. l. ait. Et omnis pacti æquitas naturalis est teste Ulpiano [e]. Videtur tamen error ille juvari loco Pauli [f] & subjecta ratione Pomponii [g], ubi dicitur *Quod pupillus sine tutoris authoritate mutuum accepit & locupletior factus est, si pubes factus solvat, non repetit. Nam hoc naturâ æquum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.* Rectè se habet & decisio hæc & subjecta ejus ratio. Sed malè inde colligitur pupillum ex promissione sua non obligari naturaliter, nisi locupletior sit factus. Utroque enim casu obligatur sive locupletior sit factus, sive non. Priorem obligationem sustinet regula æquitatis: quod nemo cum alterius detrimento debeat fieri locupletior. Alteram inducit alia æquitatis regula, quæ pacta servari vult. Priori tamen casu obligatio naturalis non manet sola, sed adjuvatur à jure Civili, ita ut non tantum inde exceptio contra condicentem indebitum, juxta hunc locum Pauli, sed & ex constitutione Divi Pii actio detur contra pupillum. Unde Ulpianus ait: [h] *Mihi videtur si locupletior pupillus factus sit, dandam utilem commodati actionem secundum Divi Pii rescriptum.* Quamob causam etiam non pauci ex DD. Pupillum

a l. 25. § 1. ff. Quand. dies legat. cedat.
b l. 95.
c. l. 21. ff. ad L. Falcid.
d l. 41. ff. de Condict. indeb.
e l. 1 ff. de pact.
f l. 13. ff. de Cond. indeb.
g l. 14. ff. eod.
h l. 3. pr. ff. Commodat.

pillum si locupletior factus sit, civiliter obligari ajunt, quod post rescriptum Divi Pii facile ferri potest, aliàs hæc obligatio potius naturalis quam civilis ex regulis juris dicenda. Posteriori casu pupillus etiam naturalem contrahit obligationem, sed cui jus Civile non ita assistit ut priori. Negat enim illos effectus qui obfuturi sunt ipsi pupillo, qui vero aliis obsunt, non negat. Hinc ita naturaliter obligatus pupillus, neque ullâ actione conveniri, neque solutum ut indebitum repetens exceptione repelli potest, ut Neratius & Paulus testantur. Imo hactenus pro nullâ habetur obligatio teste Licinio. Sed tamen minimè nulla est hæc obligatio quoad alios & alia. Nam & fidejussor huic obligationi accedens tenetur efficaciter [a]. Unde & pignus accedere & novatio per hanc obligationem fieri potest [b]. Ex quibus nunc facile intelligitur singularem in jure Civili haberi naturalem obligationem pupilli quæ nec cum aliis per omnia comparari nec ad hanc classem simpliciter referri debeat.

§ 9. Ad hanc 6. Hahnius [c] & alii referunt Obligationem Servi, sed hanc ad classem obligationis naturalis plenioris cui non contemnendi sunt effectus juris Civilis pertinere, vel unus locus Pauli [d] evincit & ex sequentibus manifestum fiet. 7. Huc referunt casum si quis ex alieno largiatur propositum à JCtò Gajo [e]. Sed non est nova hæc aut ab obligatione πρὸς ἀντίδωρα diversa species. 8. Ex jure Veteri huc referunt fideicommissum cui jus antiquum certè nulla ratione assistebat [f]. 9. Huc referri potest obligatio quæ nascitur ex transactione alimentorum testamento relictorum, quæ si fiat voluntate ejus cui debentur alimenta, sine dubio æquitate naturali subsistit. Sed cum Oratio Divi Marci eamque secutum Senatusconsultum hanc transactionem improbet [g] jure Civili non juvatur unde etiam ex hac causâ solutum quasi ne naturale quidem debitum sit, repeti potest: de quo sic Ulpianus [h]: *Si ob transactionem alimentorum testamento relictorum daturus sit, apparet posse repeti quod datum est quia transactio Senatusconsulto infirmatur.* Exemplo & argumento hujus loci. 10. Huc etiam à Vasquio [i], & aliis non ineptè refertur omnis obligatio quæ nascitur ex contractibus legibus vetitis, & tamen naturali æquitate subnixis. Sic legibus & moribus Hispanorum uxores sine permissu maritorum contrahere vetantur. Similiter jure Saxonum mulier sine consensu curatoris non obligatur: quæ quin jure & æquitate naturali per se obligentur, dubitari non potest.

a *l. 127 ff. d. N. O.*
b *l. 1. in fin. ff. de novat.*
c *ad tit. ff. de O. & A.*
d *l. 13 ff. Cond. indeb.*
e *l. 54. § 1. ff. de furt.*
f *pr. & § 7. Inst. de fideic. hered.*
g *l. 8. ff. de transf.*
h *l. 23. § 2. ff. de Condict. indeb.*
i *l. Controvers. 1C. n. 2.*

Pars IX.

De Naturali Obligatione pleniore.

§. 1. Obligatio naturalis plenior. Ejus effectus juri Civili probati. § 2. An naturales obligationes recte dicantur actionem parere? ubi curatius examinantur l. 10. ff. de O. & A. & l. 16. §. 4 ff. de fidejussor. Hottomannique emendatio confutatur. §. 3. Naturalis obligatio habet omnes effectus quæ Civilis, præterquam quod actionem non producit. Non tamen omnes obligationes naturales pleniores omnes illos effectus habent. Distinctæ species naturalium obligationum & distincta generalisque designatio modorum quibus illæ introducuntur. §. 4. De nudo pacto quid sit. §. 5. Ex nudo pacto nascitur naturalis obligatio sed non actio jure Civili Romano. Confutantur Dissentientes quoad obligationem. §. 6. Confutantur Dissentientes quoad actionem. Ratio cur Romani ex nudo pacto actionem non dederint §. 7. Casus excepti quibus pacta nuda actionem producunt. veluti jure Canonico (confutantur dissentientes.) §. 8. Exceptio juris Civilis in pactis legitimis. Legitima quid? Error communis de pactis quæ vocant vestita. Pactum legitimum quoque fit confirmatione Prætoris. veluti de pignore. Error vulgi & Bachovii circa hoc. §. 9. Pactum constitutæ pecuniæ. Error vulgi circa hoc. §. 10. Pactum juratorium proprie non est legitimum. §. 11. Neque Compromissorium. §. 12. Neque pactum suffragii. Errores vulgi circa hoc. §. 13. Rectè autem huc refertur pactum de Vsuris in quibusdam speciebus mutui. quod alii malè referunt ad pacta legitima. §. 14. Pactum de dote non est contractus innominatus sed pactum legitimum. Pactum donationis est legitimum. §. 15. Ex pacto legitimo competit condictio ex lege, quæ & ex aliis causis nascitur. §. 16. Alter effectus Pacti legitimi, scilicet sublatio obligationis Civilis ipso jure. Naturalis obligatio justo pacto tollitur ipso jure. Excutitur l. 27. §. 2 ff. de pact. §. 17. Nudum pactum obligationem Civilem tollit tantum ope exceptionis. §. 18. Pacto legitimo omnis generis actiones tolluntur ipso jure etiam injuriarum. Nec obstat quod dicitur paciscentem fieri infamem. §. 19. De pactis adjectis. Locus Vlpiani in l. 7. §. 5. ff. de pactis explicatus. Insunt bonæ fidei judiciis incontinenti adjecta. non stricti juris quæ rei traditione perficiuntur. §. 20. Pacta adjecta insunt etiam stipulationi. §. 21. De pactis ex intervallo adjectis, detrahentibus & adjicientibus. Explicatur l. 72. de contr. empt: § 22. De pactis quæ contrariantur naturæ contractus quæque transformant aut alterant contractus. §. 23. Ex pactis adjectis quæ actio competat. Non præscriptis verbis, non condictio ex lege, sed ex ipso contractu. §. 24. De naturali obligatione servorum. §. 25. De Civili servorum obligatione. § 26. Obligatione naturali inter patrem & filium nec non inter fratres in ejusdem patris potestate constitutos, ubi accurate explicatur responsum Africani in l. 38. ff. de Cond. indeb. §. 27. De Obligatione Filiifamilias Civili. §. 28. Quomodo Filius alios obliget & agat. §. 29. De naturali obligatione ex pietate ad dotandum, alendum, ad pias causas.

§. 1. Suf-

§ 1. Sufficiant hæc de primâ specie naturalis obligationis puræ: sequitur altera quam pleniorem non malè vulgo vocant, quod lex Civilis ei pleniorem effectum tribuit, qui potissimum in hisce consistit. 1. quod debitum hoc naturale cum quovis alio compensari possit. *Etiam quod natura debetur* (ait Ulpianus [a]) venit *in compensationem.* 2. Si per errorem solutum sit non potest condici ut indebitum, sed rectè retinetur ut debitum. Nam Pomponius ait [b]. *Obligatio naturalis manet & ideo solutum repeti non potest*: quod plura juris civilis loca infirmant [c]. 3. Etsi jure civili nudum pactum nullam producat actionem, tamen si quis sive suum, sive alterius debitum se soluturum nudo pacto constituat, jure Prætario tenetur actione constitutæ pecuniæ, de quo sic Ulpianus [d]. *Debitum ex quacunque causa potest constitui, Debitum autem vel naturâ sufficit.* 4. Hæc obligatio naturalis potest novari, hoc est in aliam obligationem sive naturalem sive Civilem transfundi & mutari: de quo sic etiam Ulpianus [e]. *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel Civilem vel naturalem transfusio atque translatio.* (& paulo post) *Non interest qualis præcessit obligatio, utrum naturalis, an Civilis.* 5. Obligationi naturali potest accedere fidejussor de quo Justinianus sic [f]. *In omnibus autem obligationibus*(fidejussores) *adsumi possunt id est sive re, sive verbis, sive literis, sive consensu contracta fuerint. Ac nec illud quidē interest utrum civilis an naturalis sit obligatio cui adjicitur fidejussor, adeo quidem ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit qui fidejussorem à servo accepit, sive ipse Dominus in id quod sibi naturaliter debetur.* & Ulpianus [g], ait *Adhiberi autem fidejussor tam futuræ quam præcedenti obligationi potest: dummodo sit aliqua vel naturalis futura obligatio. Quod enim solutum repeti non potest, conveniens est hujus naturalis obligationis fidejussorem accipi posse.* Hunc tamen effectum Naturalis obligationis jus Civile minimè probat, cum filius patri, vel Dominus servo suo obligatur. Huic enim obligationi accedens fidejussor, non tenetur. Cujus rei rationem reddit Paulus [h] hisce: *Si filius à patre vel servus à Domino stipuletur, nec fidejussor acceptus tenetur quia non potest pro eodem & eidem esse obligatus. Ex diverso ergò Patre à filio vel Domino à servo stipulato fidejussor acceptus tenetur.* 6. Pignus quoque admittit obligatio naturalis, cum eadem ratio sit in pignore quæ est in fidejussore teste Gajo [i]. *In eo qui pro filiof. rem suam obligavit, eadem dicenda sunt quæ tractantur & in fidejussore ejus.* 7. Na-

a l. 6 ff. de Compensat.
b l. 13. pr. ff. de Cond. indeb.
c l. 1. § 17. ff. ad L. Falcid. l. 3. C. de Usur. l. 10. ff. de O. & A.
d l. 1. § 6. & 7. ff. de Constit. pec. add. § 11. Inst. de Act.
e l. 1. pr. & § 1. ff. de novat.
f § 1. Inst. de fidejussor.
g l 6. in fin. & l. 7. ff. de Fidejuss.
h l. 56. § 1. ff. de fidejussor.
i l. 2. ff. Quæ res pign. vel hyp. obl.

 turalis

turalis obligationis effectus est quod quandoque actio inde datur.

a l. 7. § 4. ff. de pact.

§ 2. Equidem jure Civili valet regula[a] illa Ulpiani, *quod nuda pactio non pariat obligationem* (sc. Civilem & ad agendum efficacem) *sed pariat exceptionem*: quæ nascitur ex naturali obligatione. Hinc tritum est axioma. Naturalis obligatio non producit actionem, sed exceptionem. Quod quidem adeo certum, firmum & generale videtur Hottomanno[b], ut duabus legibus quæ contrarium innuunt violentas manus inferens, alteram ex affirmata negatam reddere, alteram verò prorsus tollendam & legum numero excludendam censeat. Prima est ex libro 47. ad Sabinum sive Pauli sive Ulpiani (Vtriusque enim nomen habet codex Florentinus) & cum nullæ aliæ leges ex d. libro 47. in Pandectis extent, incertum est uter ejus fuerit author: in Pandectis vero nostris est lex decima de Obligationibus & actionibus ubi hoc modo legitur. *Naturales obligationes non eo solo æstimantur si actio aliqua earum* (in Pandectis Florentinis legitur *eorum*) *nomine competit, verum etiam eo, si soluta pecunia repeti non possit.* Heic Hottomannus pro *competit* legit *non competit.* Altera est ex Juliani libro 53. Digestorum in Pandectis nostris lex sextadecima §. 4. de fidejussoribus, ubi iterum sic legitur: *Naturales obligationes non eo solo æstimantur si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest.* Hunc totum § unâ cum præcedenti Hottomanus spurium & dicto Juliani male assutum contendit. Equidem medii hi paragraphi à duobus primis & totidem postremis satis alieni videntur, stylus & materia diversa sunt: ut valde probabile sit, sive à Triboniano, sive ab alio, dicto Juliani media illa infarta esse. Quicquid tamen hujus sit, & cuicunque tribuamus hoc dictum, sive Juliano sive Triboniano, certum est, eum superius illud Pauli Ulpianive dictum absque negatione legisse, & repetere voluisse, eamque lectionem antiquis probatam fuisse. Nec ullus quod sciam manuscriptus aliusve Codex habet aliam. Nec scio an negatio Hottomanni sanâ ratione tolerari possit. Certum enim est, JCtum eo loco velle ostendere effectus, ex quibus dignosci possit an obligatio naturalis sit, an non: Itaque ait: non tantum ex eo agnosci naturalem obligationem, si actio inde competat, sed & ex eo *si nulla quidem actio inde detur* at repetitio indebiti isthâc impediatur. Et sane ita res se habet. Sunt obligationes naturales quæ etiam actionem producunt & eas naturales esse non dubium est, ut mox

b 3. obs. 2.

pluribus

pluribus dicam. Sunt tamen & aliæ, quoque naturales, quæ actionem quidem non pariunt. Sed indebiti repetitionem impediunt, quod etiã verissimum adeoque ratio istius lectionis affirmantis bona sanaq; est. Quod si autem cum negatione dicas, Naturales obligationes non tantum agnosci ex eo, quod actionem non pariunt, &c. falsum absurdumque erit hoc dictum, cum etiam sint obligationes non naturales, quæ actionem non pariant, quales sunt omnes obligationes quæ vel propter turpitudinem promissi, vel simile vitium jure Civili irritæ sunt. Temeraria ergò videtur correctio Hottomanni & rectior sententia Accursii & communis interpretum scholæ textus illos ad exceptos à regula casus quibus naturalis obligatio non nunquam actionem producit, referentis. Talem casum exceptum nobis profert Vlpianus [a], quando ait, *mihi videtur si locupletior pupillus factus sit dandam utilem actionem secundum Divi Pii rescriptum.* Pupillum etiam locupletiorem factum naturaliter, non civiliter obligari supra evictum est authoritate Pauli, Pomponii [b], & aliorum JCtorum; sed tamen hæc obligatio non tam vi suâ quam authoritate Divi Pii producit actionem, teste Ulpiano. Huc pertinent omnia pacta, quæ vocamus legitima, ex quibus naturalis quidem tantum oritur obligatio, sua naturâ inefficax ad producendam actionem, sed tamen vel à jure Civili vel à Prætorio nonnunquam hanc vim accipiens. Quomodo ex nudo pacto donationis Justinianus [c], ex pacto nudo quo debitum naturale vel civile constituitur Prætor, actionem de constituta pecunia pollicentur [d]. Eâdem ratione huc referri possunt cætera consimilia pacta quæ vulgo legitima vocantur. Neque ab his alienum est quod Scævola de casu nautici fœnoris ait [e], *In his omnibus & pactum sine stipulatione ad augendam stipulationem prodest.* Sic & de alio casu Paulus ait [f]: *Etiam ex nudo pacto debentur Civitatibus usuræ creditarum ab eis pecuniarum.* & Imp. Alexander [g]: *Frumenti vel hordei mutuo dati accessio etiam ex nudo pacto præstanda est.* Quid? Ne quidem naturalem obligationem quæ ex pollicitatione nascitur, deficit actio, teste Ulpiano [h]. Forte & huc spectat casus à Celso propositus ubi deficiente negotio & obligatione civili sola naturalis æquitas, quæ vult pecuniam meam si ad te pervenerit mihi reddi, actionem parit [i]. Denique huc etiam referri possunt quodammodo pacta in continenti adjecta b. f. Judiciis [k], de quibus infra prolixius. Sunt autem talia pactum de

retro

a *l. 3. ff. Commodati.*

b *l. 13. & 14. ff de Cond. indeb.*

c *l. 35. C. de donat.*

d *l. 1. ff. de Constitut. pecun. §. 9. Inst. de act.*

e *l. 5. § 1. ff. de naut. fœn.*

f *l. 30. ff. de Vsur.*

g *l. 12. C. de Vsur.*

h *l. 3. ff. de pollicitat. & Voh.*

i *l. 32. ff. de Reb. Cred.*

k *ff. de Pactis.*

de retro vendendo, lex Commiſſoria &c.

§ 3. Denique 8. de effectibus obligationis naturalis plenioris dici poteſt quod omnia operetur, quæ efficit obligatio Civilis, excepto eo quod actionem rarius producat, Itaque alia etiam obligationem tollit & quidem Civilem ope exceptionis naturalem ipſo jure a, quod infra ubi de pactis legitimis agitur fuſius explicatur. Quoniam autem non omnibus naturalibus quamvis Plenioribus obligationibus omnes hi effectus competunt, neceſſarium fuerit, nobiliores ſpecies ſeorſim heic examinare. Intelligemus autem ſpecies ex modis nobilioribus quibus naturalis obligatio inducitur. Naſcitur autẽ obligatio naturalis vel ex conventione, cui lex Civilis non aſſiſtit vel extra conventionẽ. Conventioni lex non aſſiſtit vel propter nuditatem, quod ſcilicet neque formam à jure Civili certam habet neque cauſam unde 1. obligatio ex nudis pactis, vel propter ætatem promittentis, unde 2. obligatio pupillaris, vel propter poteſtatem eamque vel dominicam unde 3. obligatio inter Dominum & ſervum: vel patriam und. 4. Obligatio inter Patrem filiumque in poteſtate conſtitutum, item inter duos fratres in eadem poteſtate. Extra conventionem naturalem obligationem inducit, vel pietas, Unde obligatio naturalis ad alimenta & dotem. Vel aliud factum veluti beneficium manumiſsionis, unde obligatio liberti (obligationem antidoralem in aliam Claſſem ſupra retulimus) Item factum locupletationis cum alterius detrimento, & ſimilia de quibus ſingulis nunc ordine plenius videamus. Et primò quidem de pacto nudo.

a § 3. *Inſt. de Except.*

§ 4. Ante omnia autem heic excutienda eſt vocis ambiguitas. Duobus enim potiſsimum modis jus Civile pacta vocat nuda. Primo quando nuda comprehendunt etiam contractus perfectos, ſive nominatos, ſive nec nominatos, & opponuntur contractibus traditione conſummatis: quomodo dicunt Impp. *Traditionibus & uſucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur* b. altero, quando nuda pacta opponuntur illis conventionibus, quæ in formam contractus incidunt, quæ poſterior ſignificatio hujus loci eſt, & ſolet aliter dici pactio, conventio, promiſſum. Definiri autem poteſt pactum nudum quod ſit *conventio in nudis placiti ſinibus ſubſiſtens* c. Hoc eſt quod ſit conventio quæ neque certum nomen aut formam habet ut contractus nominati, neque cauſam, hoc eſt dationem aut factum, ut contractus nec nominati, unde nec obligationem ad agendum efficacem producit, ut contractus. 5. § Si

b *l. 20. C. de Pact.*

c *l. 1. § 2. junctal. 7. pr. § 1. 2. ff. de pact.*

§ 5. Sic ergò ex nudo pacto obligatio quidem naturalis nascitur, sed nulla inde actio datur. Utrumque quidem adeo manifestum facit jus Civile Romanorum, ut nihil possit esse manifestius: Sed tamen etiam utrumque in dubium vocatur nonnullis viris Doctis. Nam neque obligationem naturalem ex pacto nasci agnoscit Baro, Connanus, Gifanius & alii quos rectè confutat Donellus ejusque notator Hilligerus [a]. neque actionem inde non nasci agnoscit Antonius de Usillis, & Mæstertius, qui omnes quantum à vero absint ex sequentibus constabit. Quantum ad obligationem naturalem, etsi jus Civile haud diceret eam ex pacto oriri, sufficere tamen Nobis posset ipsum rectæ rationis dictamen, quod facile evincit nisi promissis stetur, neque mutua mortalium officia adeoque nec societatem civilem stare posse, neque æquitatem pati, ut quis alterius fidem secutus frustretur aut decipiatur. Quomodocunque autem quid promittatur, pacto an contractu, nuda conventione, an stipulatione, jus naturale haud distinguit, quod & per se certissimum & Romani juris Authoribus probatissimum est. Ulpianus ait [b]: *Hujus edicti æquitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanæ quam ea quæ inter eos placuerunt servare?* Si naturalis æquitas vult pacta servari, certè hoc jure obligatus est paciscens. Et alibi Ulpianus [c]: *Hoc edicto prætor favet naturali æquitati qui constituta ex consensu facta custodit, quoniam grave est fidem fallere.* Si contra naturalem æquitatem est fidem fallere, certè secundum eam paciscens obligatus est fidem datam servare. Idem JCtus alibi dicit [d]: *Quædam ex pacto naturaliter debebantur.* Quod etiam eleganter exprimit Paulus [e] hisce: *Is natura debet quem jure Gentium dare oportet cujus fidem secuti sumus hoc est paciscentis.* Et Papinianus testatur Naturalem obligationem justo pacto ipso jure tolli [f]. Ergo & justo ex pacto nascitur: *cum secundum naturam sit unumquodque eo genere dissolvi quo colligatum est.* Frivolum est quod hisce objicitur toto titulo ff. & Cod non dici ex pacto nasci *obligationem.* Atqui dici superiora loca evincunt. Dicitur etiam exceptionem parere pactum. Unde vero illa nisi ex obligatione naturali. Neque magis ad rem facit, quod Ulpianus generaliter dicit pactum non parere obligationem [g]. sentit enim de obligatione civili quod antecedentia & consequentia satis arguunt. Sic & Paulus inquiens *nudo consensu demum constitui obligationem in iis quæ nomen habent* [h]. de obligatione Civili loquitur, idque exemplo emptionis declarat.

a lib. 12. C. 1 lit. H.

b l. 1. pr. ff. de Pact.

c l. 1. ff. de Constit. pec.

d l. 5. § 2. ff. de solut.

e l. 84. ff. d. R. I.

f l. 35. ff. d. R. I.

g l. 7. § 4. ff. de Pact.

h l. 1. ff. de rer. permut.

Q § 6. Quan-

§ 6. Quantum ad actionem, nihil sane jure civili certum esse potest si hoc non est certissimum, quod *Nudum pactum non producat actionem* quod innumera juris loca & rationes evincunt. Sic Imp Alexander: *legem quam dixisti cum dotem pro alumna dares servari oportet. Nec obesse tibi poterit quod dici solet, ex pacto actionem non nasci, tunc enim hoc jure utimur cum nudum est* [a]. Ergò non tantum tritū est axioma, sed & usu Romanis receptum, ex nudo pacto actionem non nasci: quod & pluribus locis inculcatur [b]. Inepti sane essent JCti legitimas conventiones ab aliis distinguentes, & ineptiores legumlatores certis pactis speciali jure vim producendi actionem tribuentes, nec non Prætores ex pacto pignoris & constitutæ pecuniæ singulari edicto actionem promittentes, si omnia promiscuè pacta actionem parerent. At ineptissimum est commentum Novaturientium, qui contra totius juris analogiam, ex pacto actiones nasci volunt. Quemadmodum in modo testandi, contrahendi, agendi, nubendi, emancipandi, acquirendi, & ubi non Romani à simplicitate Juris Gentium multum recessére, eaque omnia quondam certis arctisque formulis circumscripsere, sic etiam ex quolibet promisso actiones dari non satis cautum credidere, sed ad hoc contractuum & imprimis stipulationum formam præscripsere, quâ facile uti poterant, qui serio se alteri obligare volebant. Quod si quis aliter nudè quid promitteret, contra eum actionem non dabant, sive quod minus deliberatum crederent, quod tam simpliciter & nudè fieret, sive quod innumeras lites ex vagis & promiscuis promissis metuerent; sive quod juxta Philosophi doctrinam, quam minimum arbitrio judicis permittendum crederent vererenturque, ne obtentu cujuscunque pacti, judicantibus nimia occasio esset & potestas de Civium fortunis pro lubitu statuendi. Minimè vero consentaneum est, quod Mæstertius vult Romanos actionem non denegasse ex pacto deliberato, sed *dubitasse utrum promittens deliberatum habuerit animum, cum nullum συνάλλαγμα, interrogationis & responsionis nulla solemnitas, nulla divini numinis invocatio in testem, nulla promittendi nec causa nec apparens voluntas subsit, adeoque mentis nullo certo signo manifestata scrutationem Deo reservasse* [c]. Ineptissime! Si dubia tantum esset voluntas, locus daretur probationi, at non datur. Si mentis scrutatio soli Deo reservanda esset, in pactis legitimis; at reservaretur quoq; non reservatur. Causam dubiā non solent Romani legislatores decidere. Atqui hic decidunt actionem

a *l. 10. C. de pact.*

b *l. 7. pr. & 4. ff. de pact. l. 21. C. eod. l. 15. ff. de Præs. Verb. l. 1. C. de pact. Convent. l. 3. C. de rer. permut.*

c *Mastert. de Instit. Rom. ll. C. 2.*

actionem non esse dandam. Si propter incertam mentem paciscentis actio non posset dari, certè nec exceptio danda esset; atqui hæc datur. Frustra quoq; adducitur quod Prætor velit pacta servari servationemq; tueri [a]. Non enim quæstio est an pacta servanda sint, sed quodnam remedium contra non servantes competat, an actio, an exceptio. Negant jura actionem expressè, locum relinquunt exceptioni tantum. Vana etiam est exceptio: quod tuetur Prætor, tuetur non tantum exceptione. sed & actione datâ. Hoc enim tam falsum est quam illud: quod dicitur ex pacto actio nasci. Vti lex vel SCtum aliquando confirmat pacta ut actio inde detur: sic quoque Prætor veluti in pignore, & constituta pecunia. Sed quod uni aut alteri pacto contingit, absurdè extenditur ad omnia. Et inanis est objectio dicti Pauli sive Ulpiani *naturales obligationes actiones producere dicentis.* [b] Nam & hoc tantum ad quasdam non vero ad omnes species: ad exceptionem, non ad regulam spectare, superioribus evictum est. Nec magis ad rem facit, quod paciscens *cujus fidem secuti sumus & Natura debere & jure gentium eum dare oportere Paulo dicitur* [c]. Nihil enim hic de actione juris Civilis. Sed immoramur nugis contra certissima juris principia adductis.

§ 7. Cæterum Regula quidem certissima est Pacta nuda non parere actionem: ea tamen & limitationem & exceptiones complures habet. Certè jure Pontificio actionem parere pactum nudum & quodlibet deliberatum promissum pluribus ejus juris locis [d]. & communiori interpretum suffragio confirmatur. Negat quidem hoc Salicetus, Aretinus, Alciatus, eosque secutus Fachineus eâ ratione quod jus Canonicum non minus studeat lites abbreviare quam Civile quodq; hoc non expressis verbis per Canones correctum videamus, sed hæc analogiæ juris Canonici parum convenire videntur, tum quod jus Canonicum ad discrimen conventionum nudarum & non nudarum non ita attendit, ut civile: tum, quod jus Canonicum majorem Conscientiæ, quæ etiam obligatione naturali & qualibet deliberatâ promisso vincitur, rationem habet. Unde etiam vulgus causas pactorum ad forum Ecclesiasticum pertinere putat. Tum quod jus Canonicum actionem ex nudo pacto nullo loco negat, sed in genere promissorum obligationem agnoscit. Requirunt tamen & hoc jure nonnulli causæ alicujus expresionem idque probare nituntur rescripto illo Gregorii noni [e]. *Si cautio quam à te inde-*

a l. 1. § 1. ff. de Pact. l. 1. ff. de Const. pec.

b l. 10. ff. de O. & A.

c l. 84. d. R. I.

d l. 1. & 3. X. de pact. c. conquesti. c. si vero ext. de sent. Excomm. c. juramenti c. 12. q. 5.

e c. si cautio 14. ext. de fide Instr.

bitè proponis ex positam, indeterminate loquatur, adversarius tuus tenetur ostendere debitum quod continetur in ea; sed si causam propter quam hujusmodi scriptum processerit, expresseris in eadem confessioni tuæ statur, nisi probaveris te id indebite promisisse. Sed vereor ut hoc inde probari queat. Cum hic locus non loquatur de effectu pacti nudi, sed erroris in scriptura admissi, quo casu & jus Civile, præter annotationem debiti, etiam causam ipsam requirit hoc est verum debitum[a]. Et si præter nudam promissionem Canones requirerent causam, sivo factum, non tribuerent vim obligandi nudo pacto, nec differrent à jure Civili; à quo tamen differre fere omnes volunt. Idque moribus nostris receptum est, ut quælibet etiam deliberata quamvis nuda conventio actionem pariat: teste Grotio, Christinæo, Zypæo, Gudelino, Autumno & aliis Groenwegio[b] citatis.

§ 8. Quod attinet exceptiones supradictæ regulæ, Duæ jure Civili celebrantur, quarum altera est de pactis legitimis, altera de pactis contractibus adjectis. Primam exprimit atque finit JCtus Paulus hisce[c]: *Legitima conventio est quæ lege aliquâ confirmatur: & ideo interdum ex pacto actio, nascitur vel tollitur: quatiens lege vel senatus consulto adjuvatur.* Ergò pactum legitimum sive legitima conventio est nuda conventio, quam tamen lex ita confirmat, ut inde actio vel nascatur (qui primus est effectus pacti legitimi) vel tollatur, qui secundus pacti effectus est. Dicitur itaque legitima, non quod lex Civilis eam receperit, sic enim & nuda pacta sunt recepta, imò etiam omnes contractus juris Gentium sunt recepti, quæ tamen pactis legitimis opponuntur[d]. Neque ideo, quod lex primum hæc pacta introduxerit, ut stipulationem, sed quod lex quædam illa cum ante nuda essent, & neque actionem producere, neque Civilem obligationem ipso jure tollere possent, ita confirmaverit, ut vi confirmationis illius, utrumque effectum & producendæ & tollendæ actionis acceperint. Itaque quantum ad formam & externam verborum figuram sunt eadem cum nudis, sed effectu tantum ab illis differunt. Ex quo manifestum fit errare DD. Comm. qui pacta legitima opponunt nudis, quique distinguunt pacta in nuda & vestita. Hæc iterum in ea quæ vestiuntur vel suâ naturâ, ut contractus, vel ex accidenti, idque rursum vel lege ut pacta legitima vel adjectione ad contractus, ut pacta adjecta. Malè. Etsi enim hæc sano sensu, ita quodammodo dici possint, alia tamen est loquendi ratio

a l. 49. § fin. ff. de pecul.

b ad l. 10. C. de pactis.

c l. 6. ff. de Pact.

d l. 5. 6. 7. ff. de Pact.

juris Romani, quod vestimenta illa ignorat, & pacta nuda contractibus opponit, & legitima adjectaque pacta pactorum nudorum nomine insignit, neque sine ratione, cum effectus diversus diversitatem specierum non inducat. Unde Paulus ait: [a]. *etiam ex nudo pacto debentur civitatibus usura pecuniarum creditarum.* nudum nihilominus pactum appellans, etsi inde actio ad petendas usuras detur. Cum autem dicitur pactum legitimum *à lege* confirmari, quæritur an Vox legis strictè accipiatur an verò latius, ut comprehendat quoque alias juris scripti species & imprimis Prætoris Edictum. Prius placet Bachovio [b]. sed verior est sententia posterior, tum quod ipse J Ctus Paulus, in definitione pacti legitimi vocem legis statim ad SCta extendit [c]: tum, quod eodem libro ex quo definitio illa sumpta est, exemplum Pacti quod Prætor confirmavit, adfert dicens [d]: *De pignore jure honorario nascitur pacto actio:* tum, quod Pauli sub Imperatoribus viventis tempore, lex in specie dicta & SCta hanc ad rem minus valebant quam Principis constitutio aut Edictum Prætorum. Taceo quod ipse Bachovius ait difficile esse circa Pauli tempora invenire pactum quod lex confirmaverit. Exempla tamen pactorum vel à Prætore vel incerto juris Authore confirmatorum passim occurrunt. Sic, uti modo ex eodem Paulo vidimus, Prætor confirmavit pactum pignoris ut nudo illo pacto pignus obligari & peti possit. Perperam vulgus hunc locum explicat ita ut Prætorem actionem Servianam ex pacto pignoris dedisse inde colligat. Illa enim non nascitur ex pacto illo propriè dicto, neque datur vi ejus edicti quo pactum pignoris confirmatur, sed datur vi alterius edicti quo Prætor cavit, ut pro quacunque re oppignoratâ in rem experiri liceat. Neque etiam cum Bachovio facere possumus, qui pactum hoc negat esse legitimum. Jam enim antevertimus dicere ad formam pacti legitimi sufficere etiam confirmationem Prætoris eam, cujus vi vel actio nasci vel obligatio ipso jure tolli potest, qualem certè in confirmatione pacti pignoris videmus.

a *l. 30. ff. de Usur.*

b *Comm. ad ff. de pact. tit. de pactis legitimis.*

c *l. 6. de pactis.*

d *l. 17. § 2. ff. de pact.*

§ 9. De Constituto minus dubitandum est. Cum enim illud & nudum pactum sit quo quis promittit id quod vel ipse vel alius ante civiliter vel naturaliter debebat, & tamen à Prætore ita confirmatum, ut inde actio de Constitutâ pecunia competat, non dubium est quin hoc pactum legitimum sit jure Prætorio, qua de re Justinia-

nus sic ait [a]: *De constituta autem pecunia cum omnibus agitur quicunque vel pro se vel pro alio soluturos se constituerint: nullâ scilicet stipulatione interpositâ. Nam alioqui si stipulanti promiserint, jure Civili tenentur.* Parum curatè ergò loquitur Vulgus DD. cum fundamentum actionis hujus ex pacto geminato arcessunt. Geminatio pacti non produceret actionem, nisi Prætor hoc pactum fecisset legitimum. Quod autem id legitimum fecerit, forte ratio est, quod credidit animum paciscentis magis deliberatum esse, negotiumque firmius habendum, quo non tam nova obligatio inducitur, quam prior renovatur.

§ 10. Juxta Gifanium quoque ad classem hanc pactorum legitimorum Prætoriorum referendum erit pactum jurisjurandi, de quo ait Imperator *si quis postulante adversario, juraverit deberi sibi pecuniam quam peteret, neque ei solvatur* (Prætor) *justissimè ei accommodat talem actionem per quam non illud quaritur an ei pecunia debeatur, sed an juratum sit* [b]. Equidem ex pacto nudo, quamvis juramentum accesserit, jure Romano non potest dari actio, neque ille effectus jurisjurandi est ut possit inde vel obligatio, vel actio induci, cum ipsum jusjurandum cedat pro pacto, teste Paulo [c]: ex pacto autem actio non detur [d], nisi forte libertus juraverit se Patrono donum, operas munus præstiturum [e]. Hoc enim lex Julia & Papia firmum esse voluit quia jam ante ex beneficio libertus Patrono naturaliter obligatus erat ut supra visum est. Cæterum Prætor pactionem illam, quâ pars parti defert jusjurandum extra judicium, ratam quidem vult, indeque pollicetur actionem in factum ex jurejurando [f]: quoniam tamen hujus actionis aliud fundamentum est, quam ipsa pactio, nec actio datur ideo, contra reum quod pactus sit, sed quod debitum petitum confessus, de eaque convictus habeatur, teste Ulpiano [g], quodque debitum sic quasi satis probatum sit [h] teste eodem: quare etiam instar judicati inde actio in factum datur [i]. Ergo propriè non potest dici hoc pactum legitimum.

§ 11. Sic idem Gifanius cum aliis minus recte legitimis illis accenset Pactum compromissorium. Quamvis enim Justinianus ex eo pacto actionem in factum polliceri videatur, [k]. Ea tamen actio non datur ad id quod pacto comprehensum est. Neque enim hæc actio eò tendit, ut pars una litigantium alteram cogat ad arbitrum venire ab eoque litis finem exspectare. Neque datur adversus arbitrum ut is arbitrium receptum expediat, quod pacto comprehensum est, sed datur

a § 9. *Inst. de act.*
b § 11. *Inst. de act.*
c *l. 35. § 1. ff. de jurjur. l. 95. § 4. ff. de solut.*
d *l. 7. § 5. ff. de pact.*
e *l. 7 ff. de Op. libert.*
f *d. § 11. Inst. de act. l. 26. ff. de jurjur.*
g *l. 56. ff. de Re Jud.*
h *l. 5. § 2. ff. de jur. jur.*
i *l. 8. C. de Reb. Cred.*
k *l. 5. C. de Rec. arbitr.*

datur ob ſententiam ab arbitro prolatam & vel decennii ſilentio, vel ſubſcriptione partium probatam & confirmatam quam vulgò ſolent laudum homologatum vocare.

§ 12. Neque etiam cum Accurſio aliiſque facere poſſumus qui pactis legitimis accenſent pactum ſuffragii, de quo Theodoſius, Arcadius & Honorius ſic ajunt: *Si qui deſideria ſua explicare cupientes, ferri ſibi à quoquam ſuffragium poſtulaverint, & ob referendam vicem ſe ſponſione conſtrinxerint, promiſſa reſtituant: cum ea quæ optaverint conſequantur: ſi artibus moras nectant ad ſolutionem debiti coartandi ſunt* [a]. Ipſe contextus ſatis declarat hic non agi de honorario Advocatorum, ut errat Accurſius, ſed de rebus promiſſis aulico forte ſimilive, pro conciliandâ gratiâ Principis, quâ impetratâ promittens tenetur ſtare promiſſis. Hoc clarius reddit Conſtitutio Juliani in codice Theodoſiano Cujacio obſervata, quâ cavetur, ſi pecunia aulico promiſſa ſit ab eo qui deſiderat quid à principe, nec promiſſam peti, nec ſolutam repeti poſſe [b]. ſane Magiſtratuum conſequendorum cauſâ quicquam dare, neque lege Juliâ de ambitu, neque lege Juliâ repetundarum licebat. Sed dare aulicis favoris alicujus cauſâ prohibitum non erat. Dubitabatur tamen an actio eo nomine competeret, eamque competere affirmant Impp. hâc lege. Minimè tamen affirmant eam ex nudo pacto (cujus nulla hic mentio) dari, ut iterum malè arguit Accurſius & alii. Sed dicunt Impp. ex *Sponſione* teneri promittentem: quod verbum ſponſionis nihil vetat ad ſtipulationem referri. Unde conſequitur errare omnes qui vel condictionem ex lege, ceu ex pacto legitimo, vel actionem præſcriptis verbis vel actionem de dolo hinc competere putant. Cæterum Conſtitutionem hanc de ſuffragio antiquatam plerique ſentiunt: quod tamen etiam nobis videtur haud veriſimile. Suffragia, munera, largitiones & promiſſiones pro obtinendis judicum & magiſtratuum officiis fieri prohibet quidem novioribus conſtitutionibus Juſtinianus [c]. Cætera omnia ſuffragia omnino antiquari non video.

§ 13. Rectè verò ad pacta legitima referuntur ea quibus uſuræ promittuntur 1. ex mutuo Civitatum [d]. 2. rerum fungibilium [e]. 3. pecuniæ trajectitiæ [f]. 4. Pecuniæ Argentariorum [g]. Cum enim regula generalis ſit, quod uſuræ in ſtricti juris judiciis ex pacto non debeantur, ſed tantum ex ſtipulatione [h] & tamen in mutui hiſce ſpeciebus (quamvis manifeſtiſſimum ſit mutuum eſſe ſtricti juris) debean-

a *l. un. pr. C. de ſuffrag.*
b *l. 1. C. Theodoſ. ſi cert. pet. ex ſuffragio.*
c *Nov. 8. Nov. l. 61.*
d *l. 30. ff. de Vſur.*
e *l. 12. C. de Vſur.*
f *l. 5. & 6. ff. de naut. fœn.*
g *Nov. 136. c. 4.*
h *l. 3. C. de Vſur.*

debeantur usuræ, facile consequitur speciali aliquâ lege vel constitutione pacta hæc, forte vel ob favorem Civitatum, & Argentariorum, vel ob usum rerum fungibilium, vel periculum pecuniæ trajectitiæ, confirmata & legitima facta esse: Non quidem liquet qua lege, à quo, quove tempore pactum hoc legitimum factum sit (Excepta constitutione de Argentariis.) Sufficit tamen Nobis veteres JCtos hanc vim horum pactorum nobis prodidisse, eorumque responsis à Justiniano legum vim adcommodatam esse. Non ergò satis firmo nititur fundamento sententia eorum qui pacta modo nobis dicta, non ad legitima, sed adjecta referunt. Hoc enim si sic esset, usuræ hæ non deberentur simpliciter ex pacto, neque ex pacto ex intervallo adjecto, sed tantum ex pacto in continenti adjecto, quod non innuunt illa juris loca, quæ hujus pacti mentionem faciunt.

§ 14. De pacto quo dos promittitur etiam quæritur an sit legitimum. Connanus aliique contractum innominatum putant: quasi hic quis promittat se daturum ut alter faciat, hoc est matrimonium contrahat. Sed legem ipsam quæ hoc pactum confirmat intuenti aliud videtur dicendum. Sic enim Theodosius & Valentinianus ajunt: *Ad exactionem dotis quam semel præstari placuit, qualiacunque sufficere verba censemus, sive scripta fuerint, sine non, etiamsi stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minimè fuerit subsecuta* [a]. Ergo si Imperatores censent qualiacunque verba & pollicitationem, sine stipulatione, adeoque nudum pactum sufficere ad exactionem dotis, quod cum longe excedat vires aliorum pactorum, neque ante hanc legem constitutum videatur, dubitari non potest, quin Constitutio hæc jus inducat novum quid, & pactum dotem promittentis faciat legitimum, ita ut maritus inde agere possit: id quod favor videtur mereri dotis. Quod si promissio dotis esset contractus nec nominatus, ad quid opus esset hoc jure novo & pactum confirmante. Negari quidem non potest, dotem licet stipulatione promissam, tacitam in se continere conditionem *si nuptiæ fuerint secutæ* [b]. Sed uti illa conditio ex stipulatione non facit contractum nec nominatum, ita nec ex pacto legitimo. De pacto donationis nullum est dubium quin sit legitimum & confirmatum à Justiniano [c].

§ 15. Quæri autem solet quænam actio ex pacto legitimo nascatur? Nec ambigitur de eoque inter omnes constat, nisi lex pactum confir-

a *l. 6. C. de dotis promiss.*

b *l. 21. ff. de jure dot.*

c *l. 35. C. de donat.*

confirmans specialem simul actionem dederit, competere *condictionem ex lege*, de qua Paulus sic [a]: *Si obligatio lege novâ introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est.* Nova lex hoc loco dicitur, quæ post legem XII. tabularum introducta est. Et quod de lege hic dicitur, non incommodè DD. Comm. extendunt ad alia jura nova, etiam à Pontificibus & moribus introducta. Unde ad imitationem condictionis ex lege, *Condictio* quoque *ex Canone* & *moribus* competere potest. Cæterum hæc actio non tantum nascitur ex pacto legitimo, sed etiam ex quibuscunque aliis factis & variis causarum figuris, ob quas nova aliqua lex actionem dari voluit, qualium quidem variarum causarum varia passim in jure occurrunt exempla [b]. Ita vero demum competit hæc actio, si lex nova aliam actionem non exprimat. Sic de constituto non datur condictio ex lege, sed actio de Constitutâ pecuniâ. De pignore actio Serviana & quasi Serviana.

§ 16. Tantum de primo effectu pacti legitimi scilicet actione inde competenti. Sequitur effectus alter, quo scilicet alia prior obligatio Civilis, vel actio tollitur. JCtus Paulus loco ante dicto simpliciter quidem dicit hoc pacto actionem vel *nasci* vel *tolli*, quando autem dicit actionem tolli pacto legitimo, consequitur & obligationem omnem quæ actionem producit tolli, & cum hic effectus singularis tribuitur pacto legitimo, necessarium est aliter hoc pacto obligationem tolli, quam tollitur pacto nudo. Itaque pacto nudo tollitur obligatio naturalis quidem ipso jure; Civilis vero ope exceptionis. Pacto legitimo tollitur etiam obligatio Civilis ipso jure. quæ singula nunc distinctè probanda & explicanda sunt, ut indoles pacti liberatorii fiat evidentior. Naturalem obligationem pacto nudo ipso jure tolli apertè sic confirmat Papinianus [c]: *Naturalis obligatio ut pecuniæ numeratione ita justo pacto vel jurejurando, ipso jure tollitur.* Nunc addit rationem: *quod* (inquit) *vinculum æquitatis, quo solo sustinebatur, conventionis æquitate dissolvitur.* Res ipsa, ratioque rei & omnia planissima hic sunt. Difficultas tamen magna hic oritur ex dicto Pauli, non ipso jure sed ope exceptionis naturalem obligationem pacto tolli subindicantis hisce [d]: *Pactus ne peteret, postea convenit ut peteret; prius pactum per posterius elidetur: non quidem ipso jure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est: quia in stipulationibus jus continetur; in pactis factum versatur. Et ideo replicatione*

[a] *l. un. ff. de Cond. ex L.*

[b] *l. 27. § ult. & l. 28. ff. ad L. Iul. de adult. l. 21. in fin. ff. de donat. l. 2. C. de debitor. Civit. l. 1. C. de Condict. ex l. 31. ff. de Reb. Cred.*

[c] *l. 95. § 4. ff. de solut.*

[d] *l. 27. § 2. de ff. de pact.*

plicatione exceptio elidetur. Eadem ratione contingit ne fidejussoribus prius pactum prosit. Dignum explicatione responsum. de quo jure quæras, 1. quomodo cum dicto Papiniani conveniat? 2. quomodo intelligendum illud in stipulationibus jus versatur in pactis? 3. quomodo postrema verba Pauli cum dicto Furii Antiani conveniant. Quantum ad primum, Paulum cum Papiniano variè conciliare satagunt varii, Wesembecius [a], Vaconius [b], Ræ vardus [c], Pacius [d], Busius [e], Bachovius [f], alii. Sed nescio an omnes rem satis fœliciter extricent explicentque. Mihi videtur primò certissimi fundamenti loco ponendum, naturales obligationes pacto ipso jure tolli, hoc est vinculum naturalis æquitatis aliâ æquitate naturali ita tolli, ut ad hoc tollendum, neque exceptione, neque sententiâ Judicis opus sit. quod & ratio Papiniani, & aliorum JCtorum responsa [g] satis evincunt. Hic enim certè effectus est clausulæ illius *ipso jure*: quæ & multis aliis locis occurrit. Sic enim etiam dicuntur obligationes arrogato competere *ipso jure* [h], singuli in solidum *ipso jure* obligari [i], infamia irrogari *ipso jure* [k], legitimæ supplementum *ipso jure* induci [l], compensatio *ipso jure* fieri [m], quibus aliisque locis, hæc verba immediatum factum legis denotant & ministerii humani necessitatem excludunt. Omnibus tamen illis casibus aliquando vel declaratio judicis, vel exceptio, vel aliud aliquod factum requiritur, sed non ad efficiendum id, quod ipso jure jam effectum est, sed ad effectum juris declarandum, uti rectè observat Mathias Stephani in tractatu suo de jure & facto [n]. Atque sic nullo negotio explicantur illa loca [o], quæ ad compensationem aliaque quæ ipso jure fiunt requirunt factum hominis, exceptionem, allegationem, probationem aut sententiam judicis declarantem. Hoc enim non fit ut obligatio tollatur ipso jure, sed ut sublatam esse ipso jure probetur judici & partibus declaretur. Neque enim Judex hæc divinare potest, neque sine sententia Judicis pars facile acquiescet. Unde Bachovius [p] quidem dum Tribonianum in hisce lapsum ait ipse labi videtur. Sic ergò pactum prius indeque orta obligatio tollitur per posterius ipso jure ut ait Papinianus. Nam sublatum est debitum naturali æquitate, antequam ulla exceptio pacti posterioris opponatur. Neque etiam hoc casu exceptioni locus est jure Civili, cum ex pacto priori actio non detur. Quando verò pactum prius objicitur obligationi civili, veluti ex stipulatu ortæ, certum est obligationem illam Civilem

a *Par. h. n. 11.*
b *l. 1. Declar.*
c *2. vario 6.*
d *1. antin. 97.*
e *ad l. 27. h.*
f *in prot. ad d. l. 27.*
g *l. 7. § adeo l. 58. ff. de pact.*
h *§ fin. Inst. de adquis. per arr.*
i *l. 2. ff. de duob reis.*
k *Authent. Credent. C. de heret.*
l *l. scimus. C. de inoff. test.*
m *l. fin. C. de Comp.*
n *Cap. 1. n. 43. & seqq.*
o *§ 10. Inst. de act. l. ult. C. de Compens.*
p *ad d. § 30. d. act.*

vilem

vilem ſolo vinculo naturalis æquitatis tolli non poſſe: cum & Civilem non deficiat naturalis æquitas, & duo vincula fortius obſtringant uno. Itaque heic opus eſt miniſterio hominis, ſcilicet exceptione pacti de non petendo. Nam & actio danda & hâc exceptione elidenda eſt. Quoniam autem hæc exceptio iniqua eſt propter pactum aliud prioris revocatorium, ex quo naſcitur replicatio, & exceptionis eliſio, quæri poſſet an prius pactum per poſterius ipſo jure ita eliſum ſit, ut neque prioris neque poſterioris exceptio aut allegatio neceſſaria ſit? & reſpondet Paulus opus eſſe replicatione. Non quod vinculum ex priori pacto adhuc extet, poſt pactum poſterius, donec hujus replicatio opponatur: ſed quod ratione præcedentis obligationis civilis, neceſſario opponenda ſit exceptio pacti, adeoque etiam neceſſaria ſit replicatio, ut conſtet vim exceptionis illius eliſam eſſe, de quo non poteſt conſtare, niſi pactum poſterius allegetur & probetur. Cujus rei rationem reddit hanc, quod in pactis factum verſetur, in ſtipulationibus jus. quaſi velit dicere (ſic ſecundus ſcrupulus eximendus erit) Si prior Civilis obligatio ſublata eſſet ſtipulatione, ceu negotio juris civilis, vinculum civile alio vinculo civili potuiſſet tolli. Nam in ſtipulationibus verſatur authoritas juris civilis eæque confirmantur, ut efficaces ſint tam ad inducendam quam ad tollendam obligationem. Unde Prætor jure antiquo cognoſcens, ita extinctam obligationem, actionem dare non potuit. Sed quoniam obligationi Civili, tantum obſtat pactum, in quo jus Civile non agnoſcit eam authoritatem juris, ut producat vel extinguat obligationem Civilem, Prætor tamen naturalem æquitatem ſecutus excipientem de pacto ſuo miniſterio tuetur, hinc itaque hoc factum & Prætoris, & excipientis, quod in pactis verſatur, neceſſario Civili obligationi opponendum erit, & ſi hæc exceptio alio pacto irrita ſit, factum facto opponendum erit. Quantum ad tertiam difficultatem, JCtus Paulus ex præmiſſis videtur deducere velle, quod cum prior obligatio priorem in ſtatum reducta eſt, hinc conſequi, ſi quæ forte fidejuſſoria ad obligationem principalem accedat, eam quoque priori loco eſſe, nec pactum illud prius per poſterius ſublatum magis prodeſſe poſſe fidejuſſori, quam reo, nec plus operari in obligatione acceſſoriâ quam principali, cui graviter contradicit Furius Antianus hiſce [a]: *Si reus poſtquam pactus ſit à ſe non peti pecuniam (ideoque cœpit*

[a] *l. ut. ff. de pactis.*

cœpit id pactum fidejussori quoque prodesse) pactus sit ut à se peti liceat, an utilitas prioris pacti sublata sit fidejussori quæsitum est? Sed verius est semel adquisitam fidejussori pacti exceptionem ulterius ei invito extorqueri non posse. Sunt qui diffidium implacabile & antinomiam apertissimam hic statuunt, ut Antonius Faber, Bachovius eosque secutus Wissenbachius [a]. Et forte colligas ex dicto Antiani hac de re non consensisse JCtos. Dicit enim *quæritur.* & respondet *verius est.* quibus videtur hanc sententiam præ aliis elegisse. Et alia videtur ratio Antiani quod scilicet jus semel Fidejussori quæsitum, ei posteriori pacto Creditoris adimi non possit; alia Pauli, qui forte putavit Debitorem exceptionem illam quam peperit fidejussori, etiam extinguere & non minus illi nocere, quam prodesse posse, aliamque rationem esse in exceptione fidejussoris, quæ ex facto & persona debitoris provenit, aliam in aliis; quæ ratio nec Bachovio displicet. Vulgo respondent casu quem proponit Paulus, fidejussores consensisse pacto posteriori, sed hæc aliæque conciliationes quarum novem ex variis Authoribus congerit Nicolaus de Passeribus [b], vel divinatoriæ, vel aliàs parum firmæ sunt. Si quæ alia, præstantior videtur illa Busii quæ juvatur verbis *eadem ratione.* Quasi Paulus velit dicere, quâ ratione pactum prius debitoris tollitur per posterius ope replicationis, eadem ratione pactum fidejussoris prius tollitur per posterius ope replicationis. Sed verendum ne sic nulla sit dubitandi ratio. Cæterum Antiani sententia ut æquior ita receptior est.

a *Comm. ad ff. de pact. t. 45.*

b *p. 68.*

§ 17. Quod autem pactum nudum obligationem civilem ope tantum exceptionis tollat Justinianus hisce docet. *Debitor si pactus sit cum creditore ne à se pecunia peteretur, nihilominus obligatus manet: quia pacto convento obligationes* (puta civiles) *non omnino* (id est non ipso jure) *dissolvuntur. qua de causa efficax est adversus eum actio quam actor intendit, si paret eum dare oportere: sed quia iniquum est contra pactionem eum condemnari, defenditur per exceptionem pacti conventi.* Quod ipsum & plura juris loca [c], & ratio satis manifesta probant. Cum enim secundum naturam sit unumquodque eo genere dissolvi quo colligatum est [d], sequitur ut quemadmodum ex nudo pacto non nascitur jure Civili actio, ita nec ipso jure tollatur constituta. Ex qua ratione non absurde colligitur negotia solo consensu, constantia, dum res est integra, solo consensu, adeoque nudo pacto ipso jure tolli:

c *l. 17. § 4. ff. de pact. l. 27. § 2. eod. l. 5. l. 10. l. 13. C. eod.*

d *l. 35. ff. d. R. I.*

tolli: quod à JCtis & Imperatoribus passim satis manifestè probatur [a]. Ex quo porro haud temere Bartolus, Jason & comm. DD. Schola concludit etiam hypothecam nudo pacto constitutam alio pacto ipso jure tolli: quod tamen displicet Cujacio & Fabro tum ob rationem, tum ob authoritatem juris. Rationem urgent: quod absurdum videatur si pactum à Prætore confirmatum tollatur pacto nudo. Sed illa ratio mihi haud videtur ratio, quia Prætor confirmavit quidem pactum ita ut actio inde nasci possit, non tamen ita, ut per omnia loco negotii civilis & quidem in præjudicium alterius pacti maximè liberatorii, cui magis favetur quam obligatorio [b], habendum sit. Authoritate nituntur JCti Pauli, qui dicit: *De pignore jure honorario nascitur pacto actio, tollitur autem per exceptionem, quotiens paciscar ne petam.* Sunt qui explicant hunc locum de pacto remissorio non pignoris, sed debiti principalis. Baldus & aliii intelligunt de pignore tradito, non nudo pacto constituto. Accursius de pignore tacito. Bartolus subtili ratione distinguit inter pactum remissionem pignoris inducens & pactum de non petendo pignore. Omnes responsiones quodammodo ferri possunt. Prima tamen probabilior videtur. Denique pactum legitimum obligationem ipso jure tollere satis confirmat Paulus, quando ait hinc actionem & *nasci & tolli*. Non distinguit qualis illa, aut unde orta sit actio pacto legitimo tollenda. Cujus rei exempla sunt in pacto addictionis in diem, in lege commissaria [c]; quò etiam pertinet pactum de remissione injuriæ, furti &c. de quibus Paulus ait [d] *Quædam actiones per pactum ipso jure tolluntur, ut injuriarum item furti:* quod etiam pluribus aliis locis traditur [e] Nihil hisce officiunt loca quibus dicitur de furto similive delicto paciscentem fieri infamem [f]. Illa enim intelligenda sunt de eo qui paciscitur demum post rem in judicium deductam, quo casu pactus pro confesso habetur: quod secus se habet si ante paciscatur.

§ 18. Sed satis de pactis legitimis eorumq; duplici effectu dictum, videamus adjecta de quibus Ulp. sic ait [g]: *Nuda pactio obligationem non parit sed parit exceptionem. Quin imò interdum format ipsam actionem. Solemus enim dicere pacta conventa inesse bonæ fidei judiciis, sed hoc sic accipiendū est ut siquidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insunt: ex intervallo non inerunt, nec valebunt si agat, ne ex pacto actio nascatur:* Ait JCtus *nuda pactio.* Etsi enim pactum adjectum sit, tamen manet nudum. quod jam antevertimus dicere & plura juris loca evincunt

a l. 7. § 6 ff. d. pact. § ult. Inst. quib. mod. toll. obl. l. 1. & 2. C. quand. lic. ab empt. reced.

b l. 47. ff de O. & A.

c vide tot. tit. ff. de in diem addict. & t. tit. de lege Comm.

d l. 17. § 1. ff. de pact.

e l. 11. § 1. l. 17. § 6. ff. de injur. l. 7. § 4. ff. de pactis.

f l. 5. ff. de his qui not. infam.

g l. 7. § 5. ff d. pact.

Est hoc epitheton perpetuum pacti etsi nullum sit vestitum: quemadmodum consuetudo dicitur longa etsi nulla sit brevis. Ait *interdum*. Neque enim semper, sed certis hoc contingit casibus, quos mox subjicit. Ait *format*. Non dicit *parit* actionem. Aliud enim est parere actionem, aliud partam actionem formare, hoc est aliunde natæ actioni modum ponere, ut in plus vel minus detur propter pactum adjectum, quam daretur, si pactum adjectum non fuisset. Verbi gratiâ si emptioni adjectum sit pactum de retrovendendo, actio venditi, quæ suâ naturâ non competit ad retrovendendum, vi pacti adjecti sic formatur, sive eò extenditur, ut ad retrovendendum detur, quæ tamen non ex pacto adjecto, sed ex contractu venditionis, cui id adjectum est, nascitur. Ait: *solemus enim dicere*. Tritum ergò & satis celebre hoc fuit axioma. Ait: *pacta conventa inesse bonæ fidei judiciis*. Hoc est, pacta illa quæ simul placuerunt bonæ fidei negotium contrahentibus, fieri partem quandam istius negotii eoque ipso sic contineri, ut actio ex eodem negotio nata, tam de eo quod pacto adjecto, quam quod ipso negotio actum est, detur. Ait *bonæ fidei judiciis*. An ergò excluduntur stricti juris judicia? Sic videtur Cujacio [a], Donello [b] aliisque tum per hunc ipsum textum, tum quod bonæ fidei & stricti juris judicia differant quo ad pacta ex intervallo. At hæ rationes non satis firmæ videntur. Cum enim alia juris loca doceant etiam stricti juris judiciis inesse pacta, ut statim dicam, facile ad primum hoc argumentum excipietur, bonæ fidei judiciorum hic fieri mentionem tantum exempli loco, & quod frequentius & evidentius hoc in illis contingat, uti & alia sæpe de bonæ fidei judiciis prædicantur, quæ illis tamen non sunt propria [c]. Neque minus vacillat secundum argumentum. Magna enim diversitas est effectus pacti in continenti & ex intervallo adjecti in b. f. & str. jur. judiciis. Pacta enim ex intervallo pariunt exceptionem. Exceptiones autem insunt b. f. judiciis propter formulam, non stricti juris. Hinc communior DD. sententia contrarium statuit, pactaque adjecta non minus stricti juris quam b. f. judiciis inesse vult: quod tamen tam generaliter aut simpliciter dictum juri non satis conveniens est. Probabilior nobis media sententia [d] videtur Bachovii, distinguentis inter contractus stricti juris qui rei traditione perficiuntur, ut mutuum, quibus pacta adjecta, non insunt, & inter stipulationem, cui insunt. Ratio diversitatis haud obscura

a 10. *obs.* 24.
b *ad l.* 13. *C. de pact.*
c *l.* 5. *ff. de pign. act. l.* 3. *ff. Ex quib. caus. major.*
d *in pretiis pag.* 583.

obscura est. Quæ enim re perficiuntur negotia, ideo non recipiunt pacta adjecta, quoniam pacto fieri non potest ut quis plus reddere cogatur quam traditum aut acceptum est. Sic enim Paulus ait [a]: *Si tibi decem dem & paciscar ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem: Re enim non potest obligatio contrahi nisi quatenus datum est*. quod & alibi confirmatur [b]. Accedit quod pacta, adjecta plærumque sunt de dolo, culpâ & casu, quæ ita non possunt habere locum in mutuo & similibus, quibus dominium transfertur [c]. Potissima autē ratio est, quod nullo juris loco his contractibus effectus ille pacti adjecti tribuatur. Quæ enim vulgo ad hoc citantur loca [d] tam aliena sunt à quæstione, ut responsionem haud mereantur. Aliquid forte videtur ad rem facere pactum de certo loco solvendo. Sed illud non facit ut actio extendatur ad hoc, ut promittens necessario impleat promissum, sed ut eo loco reus conveniatur & actio fiat arbitraria [e]. Neque obstat dictum Gaii [f]: *in traditionibus rerum quodcunque pactum sit id valere manifestissimum est*. Loquitur enim non de pacto contractui adjecto, sed adjecto traditioni: non de pacto nudo, sed de pacto traditione munito, quod facile incidit in contractum innominatum: non de pacto quod format, sed quod parit actionem & quidem præscriptis verbis, quæ alibi vocatur actio utilis [g] Unde liquet restringendam esse Regulam illam Gaii [h] ad pacta alias nuda, sed traditione ut vulgo loquuntur, vestita & naturæ negotii non repugnantia; deinde ad traditionem irrevocabilem. Quare contra Fabrum rectè docet Bachovius pactum illud, do tibi mutuo decem ut Romam eas ibique negotia mea cures, non formare actionem ex mutuo, quia est contra naturam mutui, & plus continet quam si centesimæ usuræ promissæ essent: neque parere actionem præscriptis verbis, aut incidere in contractum innominatum, quia non continet dationem irrevocabilem.

a *l. 17. pr. ff. d. pact.*
b *l. 11. § 1. ff. d. reb. Cred.*
c *l. 11. C. d. Reb. Cred.*
d *l. 3. l. 10. ff. de Reb. Cred.*
e *§ 31. Inst. d. act. l. 2. ff. de eo quod cert. loc.*
f *l. 48 ff. de pact.*
g *l. 10. C. de pact.*
h *dicto loco.*

§ 20. Stipulationi verò inesse pacta adjecta ut credamus faciunt tum expressa loca tum ratio juris. Paulus lege lectâ (quam dicunt nunquam intellectam sed tamen satis intell. gibili) disertè dicit [i] *pacta stipulationi inesse creduntur* & secundum hoc se sententiam dixisse in auditorio Papiniani testatur. Idem Paulus alibi ait [k]. *Ex facto etiam consultus, cum convenisset ut donec usura solverentur, sors non peteretur & stipulatio purè concepta fuisset, conditionem inesse stipulationi atque si hoc expressum fuisset*. Ad hæc tam manifesta loca cum quod excipiant

i *l. 40. ff. de Reb. Cred.*
k *l. 4. § 3. ff. de pactu.*

piant non inveniant alii, Paulum ab Ulpiano dissensisse putant. Non satis certò. Neque enim Ulpianus ullo loco de stipulatione nominatim contrarium pronunciavit. Cujacius pacta hæc non inesse ex parte actoris excipit. Sed nec hoc perpetuum neque satis convenit posteriori loco Pauli. Sane ratio juris etiam videtur exigere ut pactum adjectum stipulationi insit, cum tanta utriusque sit affinitas, ut sæpe dubitetur, pactumne an stipulatio sit, quod ipse Ulpianus illustrat hisce [a]: *Quod fere in novissima parte pactorum ita solet inseri, rogavit Titius, spopondit Mevius, hæc verba non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis, ideoque ex stipulatu nascitur actio, nisi contrarium specialiter adprobetur quod non animo stipulantium hoc factum est, sed tantum paciscentium.* Loca quidem quibus dissentientes nituntur [b] nihil ad rem faciunt. Scrupulus tamen videtur inesse huic argumento. Aut pactum est adjectum interrogationi & responsioni, aut post responsionem. Priori casu non est adjectum, sed ipsa stipulatio: Posteriori, non potest inesse, cum post contractum perfectum sit adjectum. Potest responderi ad prius membrum, speciale esse in stipulatione, quæ cum vagam habet naturam & omnibus contractibus accedit, facilius recipit hoc pactum quam alii contractus. Potest & ad posterius excipi, cum commmuni DD. Scholâ, pacta adjecta contractus perfectos etiam statim subsequi posse, quod saltem in stipulatione probat supra relatus locus Pauli [c]. Sed redeamus ad reliqua verba Ulpiani: ait: *Sed hoc sic accipiendum:* Videtur axioma de pactis adjectis strictius intellectum quam proferri solitum fuisse. Ait: *ut siquidem ex continenti pacta subsecuta sunt.* Limitatio hæc est superioris axiomatis. Certum est non omnia pacta adjecta, sed tantum ex continenti formare actionem. Quid autem sit ex continenti, non adeo expeditum est. Uti verò hæc formula variis juris locis legitur, ita pro subjectâ materiâ intelligi solet [d]. Hoc loco maximè controvertitur an pactum adjici possit jam perfecto negotio vel contractui. Equidem cum hæc pacta fiant quædam pars negotii cui adjiciuntur, frustra videntur adjici perfecto omnibusque partibus absoluto negotio. Atque ideo Ulpianus hoc loco *ingressus* & alibi initii meminit [e]. Quod si tamen statim post conclusum negotium adjiciatur pactum, ita ut intervallum temporis non intercedat, perinde vulgo habetur, ac si ante conclusionem adjectum esset, qua in re non adeo scrupulosi videntur, fuisse veteres, ut debitum natu-

a l. 7. § 12. ff. de pact.

b l. 1. § 3. l. 99 ff. d. V. O.

c in l. 44. ff. de Reb. Cred.

d l. 42. in fin. ff. de Re Iud. l. 3. § cum igitur. ff. d. Vi & Vi arm.

e l. 23. d. R. I.

naturale propter momentū temporis irritū pronunciarent, quo facit verbum Ulp. *subsecuta*. Unde rectè colligas non omnia initio adjici, quamvis id plerumq; fiat & fieri debeat, sed quædam etiā rectè subsequi. Nam & Imperatores pactum non tantum *antecedens* sed & *secutum in continenti* probant [a]. Ait: *ex parte actoris insunt*: Rectè. quia quæstio est de actione quam pactum sive producit sive format, quæ tantum consideratur ex parte actoris. Reus (cujus est excipere) quin ex nudo pacto exceptionē habeat, saltē jure Prætorio, non est dubium. a *l. 3. C. de Ædilit. Edict.*

§ 21. Ait: *Ex intervallo non inerunt neç valebunt si agat.* Effectus formandæ actionis qui tribuitur pactis ex continenti adjectis, rectè negatur adjectis ex intervallo, quod ipsum tamen iterum quodammodo limitandum videtur, nisi scilicet contractus sit bonæ fidei & pacta adjecta de natura ejus eique detrahant, non adjiciant, de quibus Papinianus sic inquit: b *pacta conventa quæ postea* (h. e. ex intervallo) *facta, detrahunt aliquid emptioni* (hoc est quæ efficiunt ut à priore emptione recedatur. neq; enim tantū detrahunt, quæ minuunt pretium, sed & quæ augent) *contineri contractu videntur: quæ vero adjiciunt,* (adjicere est pacisci de adminiculis salvâ substantiâ) *credimus* (hoc) *non inesse, quod locum habet in his quæ adminicula sunt emptionis, veluti ne cautio duplæ præstetur, aut cum fidejussore cautio duplæ præstetur. Sed quo casu agente emptore non valet pactum, idem vires habebit jure exceptionis agente venditore. An idem dici possit aucto postea vel diminuto pretio, non immerito quæsitum est, quoniam emptionis substantia constitit ex pretio. Paulus notat: si omnibus integris manentibus de augendo vel diminuendo pretio rursum convenit, recessum à priore contractu & nova emptio intercessisse videtur.* In eundem sensum scribit quoque Ulpianus hisce: c *Adeo autem bonæ fidei judiciis exceptiones* (rectius legit Cujacius *pactiones*) *postea facta, quæ ex eodem sunt contractu, insunt, ut constet in emptione cæterisque bonæ fidei judiciis, re nondum secutâ, posse abiri ab emptione. Si igitur in totum potest, cur non & pars ejus pactione mutari potest? Et hac ita Pomponius libro sexto ad edictum scribit, quod cum est, etiam ex parte agentis pactio locum habet, ut & ad actionem proficiat, nondum re secutâ, eadem ratione: Nam si potest tota res tolli cur non & reformari? ut quodammodo quasi renovatus contractus videatur, quod non insubtiliter dici potest.* Ergò fundo centum solidis vendito, & post venditionem re integrâ, hoc est, nec fundo tradito nec pretio soluto, pacto adjecto, ut octoginta esset venditus, hoc pactum inest contractui, & format actionem, & con-

b *l. 72. ff. de Contr. Empt.*

c *l. 7. § 6. ff. de pact.*

tractum reformat, & quodammodo renovat ut pretium hoc ab initio conventum videatur. Papinianus dicit novâ emptionē intercessisse videri. Ast hoc non obtinet in pactis quæ extra naturam contractus sunt, vel quæ (ut Papinianus loquitur) adjiciunt, hæc enim ex intervallo adjecta non insunt. Quare si perfecta venditione pactum fiat, ut venditor de evictione dato fidejussore caveat, hoc non proficit ad agendum, sed tantum ad excipiendum. Stricti juris vero judiciis nunquam insunt pacta ex intervallo adjecta, licet detrahant: cui sententiæ minimè obstat quod Paulus dicit: [a] *si stipulatus decem aut Stichum, postea convenerit ne decem sed Stichus præstetur posse efficaciter de Sticho agi.* Non enim pactum id format actionem, sed facit ut cesset pœna plus petitionis.

§ 22. Porro præter superiorem limitationem Ulpiani à regulâ de pactis in continenti adjectis, excipienda quoque pacta quæ contrariantur naturæ negotii, quæ nihil prorsus valent. Quare neque societas in æternum [b], neque ita ut unus socius nihil nisi damnum sentiat [c] neque precarium ita ut dans pro lubitu id revocare non possit [d], neque mutuum ut plus reddatur quam traditum est [e]. Neque aliud contra naturam alterius contractus rectè convenitur [f]. Nonnunquam tamen ejusmodi pacta transformant contractum, veluti si mandato aut commodato adjiciatur pactum de certâ mercede, fiet locatio [g]: similique ratione alia negotia in alia transformantur [h]. Sæpe etiam contingit ut pactum non quidem transformet, sed alteret contractum, ita ut quidem non amittat contractus totam suam formam alteriusque negotii formam induat, sed tamen nonnihil abeat ab indole sua, quod eleganter illustrat Paulus [i] quando Lucio Titio depositum argentum accipiente & paciscente, ut quoad omne argentū reddatur in singulos menses singulas libras usurarū nomine quaternos obulos subministret, consultus an usuræ peti possint, respondit, *eum contractum depositæ pecuniæ modū excedere & ideo secundum conventionem usuras quoq; actione depositi peti posse.* Rationem hujus responsi cum omnes non capiant, aliter atq; aliter id torquent. Hottomannus [k] negationem addit, pro *excedere* legens *non excedere*. Treutlerus & alii putant, hoc depositum transformari in mutuum. Male uterq;. Negationem neq; fides Codicum admittit, neq; juris ratio. Nisi enim hoc negotium modū depositi, quod gratuitum & usus usurarumque expers suâ naturâ est, est, excederet,

a l. 27. § 6. ff. de pact.

b l. 14. l. 70. ff. pro soc.

c l. 29. § 2. ff. pro soc.

d l. 12. ff. de precar.

e l. 11. ff. d. reb. cred. l. 17. pr. ff. de pact.

f l. 27. § 3. ff. de pact.

g § 2. in fin. Inst. quib. mod. re cont. § ult. Inst. de Mand.

h l. 6 § 1. ff. de act. empt. l. 80. in fin. ff. de Contr. empt. l. 26. ff. locat.

i l. 26. in fin. ff. depos.

k 4. obs. 10.

Paulus

Paulus respondere non potuisset usuras peti posse; nunc verò quoniã pacto alteratum est, usuræ peti possunt. Neq; tamen ideo mutuũ fit, sed retinet nomen & formam depositi. Nam & actio depositi inde pro usuris datur: quod alibi quoque confirmat Modestinus [a].

§ 23. Ex dictis satis liquet aberrare à vero Jasonem aliosque qui ex pactis adjectis actionem præscriptis verbis, nec non Fachinæum [b], Wesembecium [c] aliosque qui inde condictionem ex lege competere ajunt. Certissimum enim est actionem ex contractu (ut dictum) tantum formari & extendi ad id quod pacto illi adjecto continetur [d]. Non obstat quod imperatores ex pacto adjecto de retrovendendo *actionem præscriptis verbis vel ex vendito concedunt* [e]: Ejus enim rei ratio specialis fuit, propterea quod casu illo dubitari potuit, utra potius competeret, quia non videbatur adeo expeditum si ex priori contractu & ad implementum ejus nata actio, ad retractandum hunc & celebrandum aliũ danda esset, quod si sic esset, actio præscriptis verbis locum habuisset, nec enim alia competere posset. In tali autem causâ dubiâ utramque actionem dictari solere Ulpianus disertè testatur [f] & vel sexcenta juris loca evincunt [g]: quod magis consentaneum est, quam sententia Busii [h], Perezii [i] aliorumque actionem præscriptis verbis eo casu non competere & voculam *vel* in rescripto illo correctoriam esse putantium.

§ 24. Sed satis de primo modo quo naturalis obligatio plenior conventione contrahitur, scilicet nudo pacto. Secundum diximus, quando jus Civile obligationi non assistit propter ætatem, unde pupillus sine tutoris authoritate civiliter non obligatur, de quâ ejusque effectibus cum supra plenè dictum sit, videndum nnnc de tertio quo naturalis manet obligatio propter potestatem Dominicam, qnæ facit ut servorum obligatio jure Civili non probetur aut juvetur. Sed hæc res non adeo plana nec generali decisione terminanda est. Generaliter quidem Ulpianus dicit, *in personam servilem nulla cadit obligatio* [l] Et alibi: *Quod attinet ad jus Civile servi pro nullis habentur* [m] Et Gajus: *cum servo nulla est actio* [n] Sed hæ consimilesque regulæ sine dubio ab Authoribus suis secundum certam & subjectam materiam tantum intellectæ aliàs manifesto falsæ sunt. Variis enim casibus servi obligantur, & civiliter & naturaliter, pro diversitate negotii sive delicti, sive contractus ipsorum, quod Ulpiani hic locus docet [o] *Servi ex delictis quidem obligantur, & si manumittantur obligati remanent:*

a l. 24. ff. depos.
b in l. 7. ff. de pact.
c 2 Cons. 98.
d par. de pact. n. 9.
e l. 7 § 5. ff. de pact. l. 69. ff pro soc. l. 79 ff. de contr. empt. l. 4. ff. de leg. Commis. l. 6. ff d. in diem addict. l. 24 & 26 ff. de pos.
f l. 2. C. de pactis. Empt. & Vend.
g l. 1. § 4. ff. Quod legatori
h l. 50. ff. de Contr empt. l. 11. § 2. ff. Commiss. divid. l. 23. eod. l. 6. ff. de resc. vend.
i 2. subti. 15.
k Perez d. tit. Cod. n. 15.
l l. 22. pr. ff. de Reg. Iur.
m l. 32. ff. d. R. I.
n l. 107. ff. eod.
o l. 14. ff. de O. & A.

ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter obligantur & obligant: denique si servo qui mihi mutuam pecuniam dederat manumisso solvam liberor. Ergò Regula est servos ex contractu naturaliter obligari. Jus naturale enim pactum honestum cujuscunque servari vult, nec distinguit inter liberos & servos paciscentes. Unde rectè Ulpianus jure naturæ omnes æquales esse dicit[a]. Atque sic servos etiam ipsis Dominis obligari certi juris est.[b] Pleniorem quoque hanc esse obligationem Paulus testatur hisce[c]: *Naturaliter etiam servus obligatur, & ideo si quis nomine ejus solvat, vel manumissus (ut Pomponius scribit) ex peculio cujus liberam administrationem habeat, repeti non poterit, & ob id & fidejussor pro servo acceptus tenetur & pignus pro eo datum tenebitur.* Non his officit quod ex causâ fidejussionis servilis solutum nonnunquam ut indebitum repeti videmus[d]. Repetit enim non servus, qui naturaliter obligatus est, sed Dominus jure suo, qui naturaliter obligatus non est. Procul ergò à vero absunt, qui servum non nisi ex causâ peculiari naturaliter obligari autumant: nec non Castrensis, Decius, Cujacius, alii, qui servum jure naturæ primævo, non gentium, quod illi secundarium vocant, obligari censent, eò quod hoc jus servitutem introduxerit, & servorum statum in nihilum redegerit. Superioribus enim monuimus uti una est æquitas naturalis, ita unum quoque esse vinculum æquitatis naturalis. Neque etiam effectus servitutis Romanæ apud omnes Gentes iidem fuere. Fuerunt servi qui personam standi in judicio, qui bona propria, qui jus militiæ & Dominis improlibus succedendi habuere, vel ipsis sacris literis docentibus[e]. Neque etiam rectè sentiunt Connanus & illi qui servum tum demum naturaliter obligari censent cum factum intervenit, non vero ex stipulatione.

§ 25. Quantum ad civilem obligationem servi, Ulpianus distinguit inter delicta & contractus. Ex delictis servos obligari docet eoque extendit, ut manumissi quoque obligati maneant. Ratio est quia caput noxa sequitur[f]. Quin & in servos delinquentes gravius animadverti solet[g]. Ex contractibus autem servos civiliter obligari negat Ulpianus. Paulus etiam ait expresse *Servus ex contractibus non obligatur*[h]. Ne ex jurejurando quidem tenentur[i]. Neque post manumissionem[k]. Neque ipse Dominus rationes & reliqua à manumisso exigit, nisi ea conditio libertati apposita sit[l]. Rationem differentiæ inter contractus & delicta assignat Cujacius[m], quod leges à quovis exi-

a l. 32. d. R. I.
b l. 5. § ult. l. 9. § 2. ff. de pecul.
c l. 13. ff de Cond. indeb.
d l. 19. & 20. ff. de fidejussor.
e Iob. 31. v. 13. Gen. 14. v. 14. & c. 15. v. 3. 2 Reg. 9. v. 10. & c. 16.
f l. 4. C. Quan. serv. ex suo fact. post man. ten.
g l. 10. ff. de pan.
h l. 43. d. O. & A.
i l. 7. pr. & § 2. ff. de Oper. libert.
k l. 2. C. Quan. serv. pro suo fact.
l l. 37 ff. de fideic. libert.
m 7. ad African. in l. 21. ff. de fideic. libert.

exigant ne delinquat, non vero à servis fidem, quam servare non solent. Alios quidem obligant servi at non sibi sed Domino [a].

§ 26. Quartus modus quo naturalis tantum obligatio ex conventione oritur, provenit à potestate patria, quæ facit ne filius familias semper jure Civili obligetur. Quandoque tamen obligatur: unde de hâc obligatione sequentes observandæ sunt regulæ. Et primo quidem certi juris est Patrem filio familias vel filium patri civiliter minimè obligari. Ulpianus ait [b]: *Lis nulla nobis esse potest cum eo quem in potestate habemus nisi ex castrensi peculio*; quod & pluribus juris locis docetur [c]. Ratio tum regulæ hujus, tum exceptionis haud est obscura. Quomodo enim consisteret obligatio civilis inter patrem & filium, cum pater promittens idemque quod filio debetur acquirens, simul futurus sit debitor & creditor, cumque filius nihil habeat quod promittere possit patri, cui & in vitam & necem omnemque fortunam filii jus erat? quæ ratio cum olim cessaret in castrensibus, Ulpianus hæc quoque à regula excipit, quibus hodie etiam recte conferuntur quasi castrensia, nec non ea adventitia, in quæ Pater nihil juris habet [d]. Eadem autem & regula, & ratio & exceptio quæ est de obligatione inter patrem & filium, obtinet quoque inter duos fratres in ejusdem patris potestate constitutos, cum uterque acquirat eidem patri: Sed de naturali obligatione regula contraria est: Namque Pater filio & hic illi, & frater fratri in eadem potestate constituto naturaliter obligatur & quidem obligatione pleniori, de qua celebre & subtile est responsum Africani [e]. Ait: *Frater à fratre*: Quod hic de duobus fratribus dicitur eâdem ratione pertinet ad plures contra quam Bartolus, Angelus & alii putant) *Cum in ejusdem potestate essent pecuniam mutuatus* (Hinc naturalis obligatio contracta & unus frater Creditor, alter debitor factus est) *post mortem patris solvit: quæsitum est an repetere possit? Respondit utique quidem pro eâ parte qua ipse Patri heres extitisset repetiturum.* (Ergò Frater debitor pro ea parte qua patri heres extiterat repetit solutum tanquam indebitum. An ergò naturalis obligatio qualis hic est non impedit condictionem indebiti? Impèdit certè. Sed obligatio hic erat sublata. Ratio, quia frater Creditor non sibi sed patri acquisiverat obligationem, neque enim vel momentum obligatio personæ fratris creditoris acquisita esse poterat, sed confestim acquirebatur patri teste Ulpiano [f] & aliis [g]. Acquisita ita patri obligatio,

a *l. 40 ff. de pecul.*

b *l. 4. ff. de Iudic.*

c *l. 11 ff. eod. l. 7. ff. de O & A. l. 15 § 1. ff. de pecul.*

d *Nov. l. 117. c. 1. Nov. 18. c. 2. Nov. 134. c. 11.*

e *l. 38. ff. de Cond. indeb.*

f *l. 78. ff. de acq. her. l. 1. pr. ff si quis à par. man.*

g *l. 95. § 2. ff. de solut.*

ad fratrem debitorem cum heres esset factus ex parte, pro illâ parte transibat, & cum pro ea parte in eadem personâ debitoris & creditoris jus concurreret, non poterat non obligatio pro eâ parte confusione tolli [a]. Itaque pro eâ parte fiebat indebitum & rectè repeti poterat. Graviter itaque labitur Hottomannus pro *repetiturum* legens *non repetiturum*. & naturalem obligationem fratri non patri acquiri contendens, quod quidem secundum simplicitatatē juris naturalis verum, at secundum determinationem & effectum juris Civilis falsissimum est. Iterum errat Hottomannus quique cum eo putant fratris debitoris obligationem aditione hereditatis indeque ortâ confusione extinctam non esse, eò quod naturalis obligatio naturaliter debeat solvi [b]. Solet excipi ad hoc, regulam illam juris non esse perpetuam. Sed & dici potest confusionem esse modum naturalem tollendæ obligationis, vel saltem jure Civili talem præsumi & haberi: quæ sane mirum est non observasse Hottomannum, quem Cujacius ad hunc locum ideo scuticâ dignum judicat. Eos quoque parum rectè sentire hinc constat, qui indebiti errore juris soluti repetitionem non admittunt. Rectius dicitur illud axioma plurimis exceptionibus obnoxium esse [c], remque eo redire, ut indebitum quocunque errore solutum, si nulla prorsus subsit debendi causa (ut hoc loco) repeti possit. Denique lubrica est opinio eorum qui hanc legem Africani fugitivam esse nec ad condictionem indebiti, sed ad condictionem sine causâ pertinere contendunt. Sine ratione. Imo contra rationem. Ergone frater si condicere non posset ut indebitum, naturali obligatione obstante, condiceret sine causâ? Ergòne naturalis obligatio priorem impediret actionem, sed non posteriorem, in qua tamen plus præsidii aut æquitatis non est? Sed pergamus cum Africano. *Pro eâ vero quâ frater* (Creditor) *heres extiterit, ita repetiturum, si non minus ex peculio suo* (hoc est fratris debitoris) *ad fratrem* (Creditorem) *pervenisset*. Ergò pro eâ parte quâ frater debitor heres non est factus patri, etiam potest ut indebitum solutum repetere tantum, quantum ex eâ parte peculii fratris debitoris, quam morte Patris accepit frater creditor, solvendum fuerat. Cujus ratio redditur: *Naturalem enim obligationem quæ fuisset, hoc ipso sublatam videri quod peculii partem* (scilicet fratris debitoris) *Frater* (scilicet creditor) *sit consecutus*. Ratio Rationis est, quod onus obligationis peculiaris sequitur peculium. Quantum

a l.95.§2.ff.de solut.

b l.35.ff.d. R.I.

c l.19. C.ad SCtum Vell. l. ff.ut in poss. legator.

tum itaque apud quemque est peculii, in tantum de debito peculiari tenetur satisfacere, quod varia juris loca confirmant [a]. Hoc verò ut probet Africanus duobus sequentibus utitur argumentis *adeo ut si prælegatum filio eidemque debitori id fuisset, deductio hujus debiti à fratre ex eo fieret*. Primum argumentum JCti hoc est: si pater fratri debitori prælegasset peculium suum, tamen frater creditor quod sibi ex illo peculio debebatur deducere posset, ita onus illud non removetur à peculio, ut etiam prælegato cohæreat. Quanto magis ergò cohærebit & cum peculii parte transibit ad fratrem creditorem, cum pars illa prælegata non sit, nec favorem ultimæ voluntatis mereatur. Alterum argumentum Africani *Idque maximè consequens esse ei sententiæ quam Julianus probaret: Si extraneo quid debuisset & ab eo post mortem patris exactum esset, tantum eum judicio familiæ erciscundæ recepturum à coheredibus fuisse, quantum ab his creditor actione peculii consequi potuisset. Igitur etsi re integra familiæ erciscundæ agatur: ita peculium dividi æquum esse ut ad quantitatem ejus indemnis à coherede præstetur*. Sensus argumenti est: si frater debitor mutuum illud ab extraneo, non à fratre accepisset, & totum post mortem patris solvisset, posset fratrem actione familiæ erciscundæ convenire, & re integrâ hereditas ita dividenda, & quæ in eâ solent fieri præstationes personales, ita faciendæ essent, ut frater debitor tantum reciperet à fratre in quantum pars illa peculii fratris debitoris, quæ morte patris ad fratrem non debitorem pervenisset, onerata erat, quod certè juris ratio exigit [b]. Hinc ergò concludit Africanus: *Porro eum quem adversus extraneum defendi oportet, longe magis in eo quod fratri debuisset, indemnem esse præstandum*, quasi velit dicere: Si frater debitor mutuo ab extraneo accepto eique soluto adversus fratrem non debitorem, qui partem peculii accepit, ut pro parte peculii servetur indemnis habet actionem familiæ erciscundę, (ut certe habet) multo magis habet retentionem vel indebiti repetitionē, cum ipse frater mutuum dedit & partē peculii accepit. Quod enim actione familię erciscundæ petere potest à fratre creditore id illi non debetur, sed fratri debitori, ergò si penes creditorem sit, indebitum est recteq; à fratre debitore repetitur. Sed objiciat forte quis: Frater Creditor etiā habuit peculium (aliter enim pecuniam mutuo dare non potuisset) atq; hujus pars sine dubio etiam successione pervenit ad fratrem debitorem. Cur ergò onera utriusque peculii non compensantur? Respondeo, si pars illa peculii fratris

a *l. 11 § 4. l. 27. § ult. & 11. seqq. ff. de pecul.*

b *l. 20 § 5. ff. fam. qua ercisc.*

tris creditoris quæ ad fratrem debitorem pervenit, nominatim onerata fuisset, id onus utique cum peculio ad possessorem transiisset, sed non constat de eo onere hoc casu. Atque hæc quidem de naturali obligatione inter duos fratres in eadem potestate constitutos, de eâ quæ est inter patrem & filium Africanus porrò respondet. *Quæsitum est si pater filio crediderit isque emancipatus solvat an repetere possit? Respondit si nihil ex peculio apud patrem remanserit non repetiturum.* (Ratiò subjungitur) *nam manere naturalem obligationem* (cur manet naturalis obligatio hoc potius casu, quam si peculium patri redditum esset? quia peculii redditione obligatio illa tolleretur) *argumento esse, quod extraneo agente intra annum de peculio deduceret pater quod sibi filius debuisset. Contra si pater quod debuisset eidem emancipato solverit, non repetet, nam hic quoque manere obligationem eodem argumento probatur. Quod si extraneus intra annum de peculio agat, quod etiam pater ei debuisset, computetur. Eademq; erunt, etsi extraneus heres exheredato filio solverit id quod ei pater debuisset.* Neque ergò hoc casu solutum ab herede repeti potest, quia naturalis obligatio patris transiit in heredem [a] & soluti repetitionem impedit.

a l. si ejus. ff. ad SC. Trebell.

§ 27. Sic quidem inter Patrem & Filium nec non fratres in ejusdem patris potestate constitutos ex conventione nascitur tantum naturalis plenior obligatio. Si cum aliis contraxerit filius etiam civiliter obligatur. Nam ut ait Gajus [b]: *Filiusfamilias ex omnibus causis tanquam paterfamilias obligatur & ob id agi cum eo tanquam cum patrefamilias potest.* Et Ulpianus: *Tam ex contractibus quam ex delictis, in filiumfamilias competit actio. Sed mortuo filio post litis contestationem transfertur judicium in patrem, duntaxat de peculio & quod in rem ejus versum est.* Certum itaq; est filium alteri obligari cumq; eo agi posse, quoniam tamen filiusfamilias sæpe non habet unde condemnatus satisfacere possit, executio rei judicatæ differenda erit, donec paterfamilias fiat, nisi adsit peculium: quod si profectitium sit, pater peculio tenus judicati actione tenetur [c]. Quare Ulpianus quoque post litem contestatam judicium in patrem dandum ait. Duas autem patitur modo dicta Regula exceptiones: alteram in mutuo, ex quo filiusfamilias ob Senatusconsultum Macedonianum efficaciter non obligatur [d], alteram in voto [e]. Quærunt hic Doctores an filio ex delicto condemnato executio fieri possit in bonis adventitiis, quorum pater usumfructum habet. Alii impunitum potius dimittendum

b l. 39. ff. de O. & A.

c l. 3. § 11. ff. de peculi. l. 27. pr. ff. de minor.

d l. 9. ff. Quod cum eo qui in alien. pot.

e l. 2. § 1. ff. de pollic. & vot.

tendum censent. Alii distinguunt inter nobilem & ignobilem. Non rectè. Ratio juris suadet vendendum esse id quod filii est, hoc est proprietatem salvo jure patris, quod fieri potest [a].

§ 28. Vidimus quomodo filius obligetur, addemus paucis quomodo obliget, quod plenius tractare non est præsentis instituti. Non dubium autem est quin filius conventione alios obliget, nunc patri, nunc sibi, pro diversitate peculii: & patri quidem obligationem acquirit [b] contra regulam, quæ neminem alteri stipulari vult [c]. Patrem vero conventione sua non obligat, nisi peculio tenus [d]. Filius autem sibi obligationem acquirit & actiones exercere potest. 1. de peculio castrensi & quasi castrensi, adeo, ut de his etiam invito patre imo contra eundem agat [e]. 2. De adventitio cujus pater usumfructum non habet, filius agit consentiente patre, qui ad id quoque compelli potest [f]. 3. De adventitio minus pleno, pater agit consentiente filio, nisi minor aut absens sit [g]. De profectitio solus pater agit regulariter [h]. 5. Atque hæc quidem latior potestas agendi jure novissimo filio data est, quæ restrictior erat jure veteri, quod paulatim increvit. Primò enim Prætor tantum actionem injuriarum patre absente filio causâ cognitâ permisit [i]: Post id ad interdictum quod vi & clam [k], tandem & ad actiones alias perpetuas utiles [l], quæ & in factum dicuntur [m], denique ut dictum, ad plura extensum est.

§ 29. Tantum de naturali obligatione ex conventione: extra conventionem naturalis obligatio nascitur veluti, 5. ex pietate, de quâ variis Juris locis agitur, sive sit pietas quam parentes debent liberis [n], sive quam liberi debent parentibus [o], sive aliorum sit [p]. Vocatur illa sæpe humanitas, misericordia, affectio [q]. Obligationis autem naturalis plenioris ex pietate natæ illustre exemplum refert Julianus hisce [r]: *Mulier si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quicquid dotis nomine dederit, non repetit: sublatâ enim falsâ opinione relinquitur pietatis causa ex qua solutum repeti non potest.* Ergò sublatâ omni aliâ causâ debendi, sola pietas inducit obligationem naturalem quæ impedit condictionem indebiti. Quid vero, an hoc pietatis vinculo omnis omnino homo obstringitur, ut adeo omnis dotis causa in se sit pia, an certæ tantum personæ hanc pietatem debent? Placet posterius. Unde Cujacius pro *mulier* legit *mater*. Bartolus, Hottomannus aliique negant quoque hoc ad extraneum pertinere, nixi

a *l. 33. ff. de Usufr. l. 25. d. V. S.*
b *tot. tit. Inst. per quas personas nobis acq. t. t. per quas person. obligat. acq. l. 6. C. d. bon. qua lib.*
c *§ 4 § 19. Inst de inut. stip.*
d *l. 44. ff. de pecul.*
e *l. 2. ff. ad SC. Maced. l. 4. § 1. l. 5. ff. de Cast. pec. l. 4. l. 11. ff. de judic.*
f *l. ult. in fin. pr. C. de bon. qua lib.*
g *d. l. ult. § 3. C. de bon. qua lib.*
h *l. 9. ff. de O. & A.*
i *l. 7. § 10. ff. de injur.*
k *l. 13. § 1. l. 19. ff. Quod vi aut clam.*
l *l. 18. ff. d. O. & A.*
m *l. 13 ff. eod.*
n *l. 5. ff. ad L. Pomp. de parr. l. 1. § 7. ff. d. susp. tut. § 3. Inst. eod.*
o *l. 4. ff de Cur. fur. l. 38. ff. de fideic. libert.*
p *l. 14. § 7 ff. de relig. & sumpt. l. 5. pr. ff. de serv. corr.*
q *l. 14. § 7.*
r *l. 32. § 2. ff. de Cond. indeb.*

authoritate Pauli extraneo repetitionem indebiti, quod dotis nomine ſolverat concedentis [a]. Unde per mulierem hic intelligunt matrem & aviam. Probabile videtur hoc pertinere ad omnes perſonas neceſſarias, quas pietate neceſſitudinis duci ait Ulpianus [b], quem locum Tribonianus in Inſtitutiones referens pro *pietate neceſsitudinis* parum curatè poſuit *neceſsitudinem pietatis*. Itaque & ad hoc debitũm pietatis & parentes liberis indiſtinctè & liberos parentibus & fratres ſororibus licet utrinque non conjunctis teneri puto. Hoc enim cum tutor nomine fratris uterini fecerit, honeſtè (ſeu piè) fieri Paulus pronunciat [c] & Gajus quoque ĩnnuere videtur [d]. Non ignorata fuit hæc obligatio naturalis Gentibus. Jure Attico proximum agnatum pauperculam virginem aut ducere aut dotare debuiſſe, non obſcurè ex Terentio [e] colligitur. Hoc jure enim Antipho Phanium ſuam conſecutus eſt. Ad hoc jus publicum, ad hanc legem (ut vocat) provocat Demipho, cum dotem offert & filium à ducendi neceſſitate liberare nititur. Jure Civili Romano pater non tantum naturaliter ſed & civiliter obligatur ad dotandam filiam, ſive in poteſtate conſtitutam [f], ſive emancipatam [g], (quod poſterius tamen nonnullis diſplicet [h]) non tamen naturalem [i], multo minus ſpuriam aut inceſtuoſam. Idem dicendum de donatione propter nuptias [k]. De fratre an civiliter obligetur ad dotandam ſororem ſaltem germanam quæritur? Volunt id nonnulli authoritatem ad id allegantes Pauli, ſupra nobis citati [l]. Alii negant, quorum ſententia probabilior videtur: quod nec Pauli ille, nec alius locus abſolutam illam dotandi neceſſitatem fratris docet.

Cæterum quæ de obligatione ad dotandum diximus magis pertinent ad obligationem alendi, cujus Jure Civili etiam major neceſſitas eſt parentibus, liberis & fratribus [m].

Aliud exemplum obligationis ex pietate & religione eſt, qua unus quiſque mortalium Deo immortali & quæ ejus loco obligationẽ acquirunt [n] ſacroſanctis eccleſiis & cæteris venerabilibus locis, puta Xenodochiis, noſocomiis & ſimilibus tenetur: quæ obligatio facit ut quicquid his indebite ſolvitur, repeti non poſſit [o].

De cæteris modis quibus naturalis obligatio extra conventionem inducitur veluti, facto manumiſſionis unde libertus obligatur, (de quâ, occaſione obligationis antidoralis actum ſupra) nec non illâ, quæ naſcitur ex facto locupletationis (de qua occaſione pupilla-

ris

a *l. 9. § 1. ff. de Cond. cauſ. dat.*
b *l. 1. § 7. ff. de ſuſpect. tut.*
c *l. 12. § pen. ff de adm. & peric.*
d *l. 13. eod.*
e *in Phorm. act. 2. Scen. 2.*
f *l. 19. ff. de Rit. nupt. l. 6. ff. de Collat.*
g *l. ult. C. d. dot. promiſſ. l. 5 § 1. & 12. ff. de al. lib.*
h *perd. l. 19. & l. 44. & 51. ff. de jur. dot.*
i *l. 8. C. de Nat. lib.*
k *l. ult. C. de dot promiſſ.*
l *in l. 12. § pen. ff. de Admin. tut.*
m *l. 4. & 5. ff. de agnoſc. vel al. lib.*
n *l. 26. C. de SS. Eccleſ.*
o *§ 7. I. de Obl. qua quaſi ex contr. naſc.*

ris obligationis dictum) plura addere nihil attinet, cum satis pro instituto jam demonstrata sit & origo & indoles naturalis obligationis. Videamus ergò de Civili.

PARS X.

De Obligatione merè Civili.

Obligatio Civilis tribus potissimum modis dicitur, quatenus opponitur 1. Pretoria. 2. Naturali & 3. mixta, quæ postrema ex merâ subtilitate juris Civilis descendit. § 2. Estque duplex, efficax vel inefficax. Inefficax nullos fere effectus habet, præterquam quod exceptio contestanda sit nisi negotium sit ipso jure nullum. item 2. quod Creditor pacto efficere possit, ut utiliter agat. § 3. Cur obligatio Civilis actionem inefficacem pariat & non potius actio denegetur? § 4. Exempla varia obligationis Civilis inefficacis. § 5. Efficax obligatio Civilis. Ejus exempla in re judicata, in confessione in Jure, in jurejurando. In obligatione ex Chirographo.

Obligatio civilis tribus potissimum modis dicitur. Primò, quatenus opponitur Prætoriæ, quomodo Justinianus obligationem dividit in Civilem & Prætoriam [a] sed illa propriè & simpliciter non est vinculum, juris civilis tantum, sed naturalis & civilis. Secundo, quatenus opponitur obligationi naturali, cui lex ita non assistit ut per se obligationem efficacem ad agendum producat, quæ comprehendit etiam prætoriam, neque ideo dicitur Civilis, quod vinculum solius juris Civilis sit, sed quod hoc vinculum naturalis æquitatis ita quoque authoritate juris civilis communiatur, ut inde efficax actio detur, quæ reverâ ergò est obligatio mixta ex jure naturali & civili, sed diversis ex causis civilis dicitur vel quod jure civili recepta est, quomodo omnis obligatio ex contractibus juris gentium receptione civilis facta, indeq; civilis dicitur [b] vel ratione confirmationis, quomodo pacta quædam nuda ita à jure Civili confirmari vidimus, ut cum ante naturalem tantum & ad agendum inefficacem producerent obligationem, post confirmationem efficacem pariant, indeque legitima vocentur: Vel etiam ratione inventionis, quomodo obligatio ex stipulatione est juris Civilis [c] singularis enim illa forma & effectus stipulationis qua illa à pactis distinguitur inventum est Romanorum, non aliarum Gentium, & ut rectius Cujacius & alii sentiunt contra Rævardum aliosque [d]. Hujus loci quoque est obli-

a § 1. Inst. de Obl.

b l. 5. ff de just. & jur. § 2. Inst. de jur. nat.

c § 2. Inst. de jur. nat. § 9. Inst. de act. l. 14. § 1. in fin. ff. de novat. l. 7. § 1 ff. de pœn.

d VViss. disp. jur. Civ. 33. thes. 6.

gatio ex noxâ quadrupedis ex ipsis ll. xii. tabb. descendens. Sed de hâc obligatione mixtâ mox plenius videbimus. Tertio obligatio civilis dicitur, quæ meri juris civilis est, & non solum obligationi naturali puræ, sed & ex naturali & civili mixtæ opponitur. Sic Justinianus dicit [a]. *si metu coactus promisisti, palam est jure Civili te obligatum esse: & actio quâ intenditur dare te oportere efficax est, sed iniquum est te condemnari.* Ergò obligatio & efficax actio nonnunquam jure Civili nascitur, quæ tamen est iniqua, hoc est ab omni æquitate naturali dêstituta adeoque merè civilis & minimè naturalis. Sic Ulpianus ait ad hoc ut actio de constitutæ pecuniæ locum habeat *naturâ debitum sufficere* [b]. *sed quod jure civili* (scilicet mero) *debetur non sufficere* [c].

§ 2. Ex quibus facile colligere est, obligationem hanc civilem nihil aliud esse, quam vinculum quo quis solâ subtilitate juris civilis, nullâ vero æquitate naturali tenetur. Eaque docendi causâ cum Doctoribus potest dividi in efficacem & inefficacem. Hæc exiguos vel nullos effectus habet neque obligationis naturalis [d] neque civilis: etsi enim actio inde detur suâ naturâ efficax, illa tamen exceptione irrita fit, quod veteres perinde habuerunt ac si nulla actio inde daretur. Paulus enim ait [e] *Nihil interest ipso jure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur*: imo promissorem talem obligatum esse alibi negat [f]. Pomponius etiam obligationem prorsus *nullam* pronunciat *cui exceptio obstat* [g]. Hoc tamen nonnihil limitandum est. Tantum enim efficit obligatio hæc ut primò in stricti juris judiciis exceptionis contestatio facienda sit, quâ omissâ, obligatus sine dubio condemnaretur, aliud enim esse ipso jure non valere, aliud ope exceptionis infirmari, satis supra declaratum est occasione pactorum legitimorum, quæ obligationem ipso jure perimunt, idq; liquet ex iis quæ Justinianus de compensationibus tradit [h]. Nonnunquam tamen negotium civile ex quo hæc civilis obligatio solet nasci, veluti stipulatio, ab initio est nullum, ut inde actio non detur, scilicet si turpe promissum sit de quo Ulpianus ait [i]. *Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti.* Papinianus has *ab initio non valere* docet [k] & Pomponius dicit, *officio Prætoris contineri ex hujusmodi obligationibus actionem denegari.* Secundus effectus hujus civilis obligationis potest statui, quod creditor pacto possit consequi ut utiliter agat. Nam cum actio ex hac obligatione exceptione infirmanda sit, cumque ex pacto exceptio & replicatio detur, uti in deli-

a § 1. Inst. de except.
b l. 1. § 7. ff. de Constit. pec.
c l. 3. § 1. ff. de Constit. pec.
d l. 3. § 1. ff. de Const. pec. l. 40. ff. de Cond. indeb.
e l. 112. ff. de R. I.
f l. 30. ff. de Reb. Cred.
g l. 25. d. V. O.
h l. ult. C. de Comp. § 30. Inst. de act.
i l. 26. ff. d. V. O
k l. 123. ff. eod.

delineatione pactorum satis declaravimus & constat ex loco Pauli supra explicato [a], necessario actio illa pacto efficax fiet, & Civilis debitor condemnabitur: quod tamen hoc casu minimè iniquum est, cum ipse pacto cui naturalis æquitas inest, exceptionem quâ condemnationem evitare poterat, irritam reddiderit.

§ 3. Sed quæras forte, cur Prætor qui est custos naturalis æquitatis[b] ex negotio cui nulla æquitas subest non protinus actionem deneget? Respondeo: Prætor est quidem custos naturalis æquitatis, sed tamen etiam custos & minister juris civilis, cujus authoritas non videbatur pati, ut ex negotio juri Civili probato, actio prorsus denegetur. Temperanda itaque Prætori res ita fuit, ut & naturalis æquitas servaretur, & juri Civili sua constaret majestas, quod & in Aquilianá stipulatione, in bonorum possessionibus & aliis fieri videmus. Et Prætori & omnibus jus habendum esse sanctissimum, nec facile quid contra illud introducendum & ratio, & innumera juris loca evincunt [c].

§ 4. Cæterum exempla inefficacis hujus obligationis complura passim in jure occurrunt. Veluti 1. si quis metu coactus aut 2. dolo inductus, aut 3. errore lapsus stipulanti quid promiserit. Hoc casu enim stipulatio contracta & inde civilis obligatio nata est, verum quoniam negotium integro consensu non constat, deficit vinculum naturale, atque ideo civilis obligatio exceptione metus, doli, erroris, infirmatur [d]. Idē juris est, *si quis futuræ numerationis quasi credendi causa* h.e. quasi mutuam pecuniam tibi daturus, eam *pecuniam à te stipulatus fuerit neque pecuniam numeraverit*. Certum est te ex stipulatione civiliter obligatum esse, sed quoniam neque in eum casum consensisti aut promisisti, quo pecunia non numeraretur, adeoque consensus deficit, neque etiam naturalis ratio patitur, ut quis mutui nomine reddat quod nunquam accepit, ideo civilis obligatio illa exceptione non numeratæ pecuniæ merito infirmatur, quæ exceptio non tantum actioni ex chirographo, sed & ex stipulatu rectè opponitur [e]. Præterea 5. *Si debitor* (scilicet naturali & civili vinculo obstrictus) *pactus fuerit cum creditore ne à se pecunia peteretur, nihilominus* (civiliter) *obligatus manet. quia pacto obligationes non omnino* (hoc est non ipso jure) *dissolvuntur, & ideo actio efficax adhuc est contra debitorem. Sed quia iniquum est contra pactionem eum condemnari* (h. e. quia civilem illam obligationem post pactum de non petendo æquitas naturalis deficit

a *l. 27. § 2. ff. de pact.*

b *l. 1. ff. de pact. l. 1. ff. de Const.*

c *l. 14. 20. 21. 23. ff. d. ll. l. 12. ff. Qui & à quib. man.*

d *l. 36 ff. d. V. O. l. 1. ff. de dol. mal. & met. exc. § 1. Inst. de except.*

e *§ 2. Inst. de except. l. 2. § 3. ff. de dol. mal. exc.*

& pro nulla habet) *defenditur* (debitor) *per exceptionem pacti conventi* [a]. 1. *Æquè si debitor creditore deferente juraverit nihil se dare oportere, adhuc obligatus*; (civiliter) *permanet, sed defenditur exceptione juris jurandi* [b]. Cujus jure civili, quantum ad producendam actionem aut obligationẽ ipso jure tollendam attinet, non alia est vis quã pacti, ut ante notavimus. *Item 7. Si in judicio tecum actum fuerit, sive in rem sive in personam nihilominus obligatio* (dura & rarior loquendi ratio quâ obligatio etiam continet jus in re) *durat, & ideo ipso jure de eadem re postea adversus te agi potest, sed debes per exceptionem rei judicatæ adjuvari* [c]. Ergò sententia judicis absolutus juris subtilitate manet obligatus *Imò etiam natura debitor manet, etsi verus debitor sententiâ absolutus sit* ut sentit Paulus cum Juliano [d]. Etsi enim res judicata pro veritate habeatur [e]. tamen non est ipsa veritas & quod ad effectus juris civilis, talis tantum exstimatur. Quare verum & naturale debitum falsâ sen-tentiâ re vera non tollitur. Ubi tamen verus debitor sententiâ absolutus est à petitione Creditoris, post rem judicatam nunquam debuisse præsumitur, ideoque merito non debebat iteratâ Creditoris petitione vexari, neque enim naturalis æquitas vult, ut is qui causâ cognitâ nihil debere declaratur & præsumitur, tanquam debitor conveniatur; quoniam tamen jus Civile sententiæ non eam tribuit vim, ut actionem ipso jure perimat, idcirco etiam is quem nihil naturaliter debere credit, tamen subtilitate juris civilis obligatus est, unde pristina actio denuo intentari quidem potest, sed infirmatur exceptione rei judicatæ [f]. Rectè tamen & subtiliter hoc limitat Cujacius [g] distinguens an debitor absolutus sit quasi debitum solvisset (quo casû actio pristina competit exceptione infirmanda, unde etiam actio de dolo eo casu non competit teste Paulo [h]) an verò absolutus sit quasi nunquam debuisset, quo casu res judicata perimit actionem omnimodo, adeò, ut Creditor contra debitorem cujus dolo causâ cecidit, pristinam actionem non habeat, nisi forte debitor hanc sua sponte denuo excipere paratus sit, sed ad actionem de dolo confugere necesse habeat: testibus Paulo [i] & Ulpiano [k]. Atque hæc quidem exempla obligationis Civilis inefficacis sufficient impræsentiarum, cujus alioquin plura passim occurrunt [l].

§ 5. Efficax obligatio civilis est, quæ quidem reverâ nititur solâ ratione juris Civilis, cui tamen idem præsumit inesse vinculum naturalis æquitatis, quare, post alios Bachovius & Vinnius aliique eam

a § 3. *Inst. de except.*
b § 4. *Inst. de exc.*
c § 5. *Inst. eod.*
d *l. 60. ff. de Cond indeb.*
e *l. Res judicata ff. de R. I.*
f d § 5. *Inst. de except.*
g 22 *obs.* 15.
h *in l. 25. ff. de dol. mal.*
i *l. 14. l. 20. § ult ff. de dol. mal.*
k *l. 7. § pen. l. 21. ff. eod.*
l § 7. *Inst. de Except.*

eam in numerum earum obligationum referunt, quæ sunt mixtæ ex naturali & civi vinculo, quibus ego hanc ob causam dicam non scribam, neque tamen assentiar, tum quod denominatio potius facienda est ab eo quod revera existit, quam quod præsumitur, tum quod heic non sit vera & propria præsumptio, quæ certâ ratione nititur & demonstratione veritatis vinci potest, sed dispositio quædam legis, sæpe etiam contra manifestissimam veritatem, quod ex ipsis exemplis hujus obligationis liquet. Exemplum autem primum hujus obligationis est in re judicata. Paulus ait [a]. *Prætor jus reddere dicitur etiam cum iniquè decernit.* Hæc iniqua sententia cum vires rei judicatæ assecuta, nec locus appellationi, aut rescissorio remedio reliquus est, teste Ulpiano & aliis [b]. *pro veritate habetur:* hoc est, habetur & valet jure civili tanquam æqua. Hinc exceptio, hinc actio, hinc exactio. Quin tamen jure naturali illa sententia quæ initio erat iniqua, postea non fiat æqua, ego nullus dubito. Nec me movet quod hic condemnatus videri possit consentire in sententiam dum appellationem omittit. Omittit enim rarissimè suâ spontè, & siquidem sanus est, nunquam animo probandi iniquam sententiam. Neque movet quod præsumatur sententia æqua, quamdiu iniquitatis non est convicta; juris enim naturalis convenientia magis ex rei veritate quam præsumptione judicanda. Sed forte de hâc ipsâ præsumptione, anne generaliter juri naturali conveniat, dubitari potest. Ut ut vero conveniat, dabit tamen æquitas naturalis iniquè condemnato locum probationi ulteriori, nequè fictam veritatem judicati præferet rei ipsius veritati; At inquis Ratio naturalis exigit ut aliquis sit litium adeoque etiam probationum finis. Sic est. Sed tamen ita modus finisque litibus præscribendus erit, ne cum aliter fieri potest ex sententia iniquâ faciamus æquam. Eadem ratio est in secundo exemplo scilicet Confessione in jure, nec non in tertio exemplo scilicet jurejurando, de quibus ita Ulpianus, [c] *Post rem judicatam vel jurejurando decisam, vel confessionem in jure factam, nihil quæritur post orationem Divi Marci, quia in jure confessi pro judicatis habentur.* Paulus [d] etiam *jusjurandum dicit habere instar judicii.* & alibi definitur si quis postulante adversario juraverit, vel jurare parato jusjurandum remiserit, non spectari an debitum sit nec ne, sed tantum an juratum, quasi hoc ipso debitum satis probatum esset [e] Ergò probatio perjurii aut non debiti non admittetur, quod quomodo

a *l. pen. ff. de Inst. & jur.*

b *l. 107. ff. de R. I.*

c *l. 56 ff. de Re Iud.*

d *l. 26. § ult. ff. de jurejur.*

e *§ 11. Inst. de act. l. 5. § ult. l. 9. § 1. ff. eod. l. 11. in fin. ff. de Reb. Cred.*

modo non civili potius quam naturali æquitate nitatur, vix effeceris. At inquis qui in jure confitetur suâ sponte fatetur, & qui jusjurandum defert ita pacisci videtur se soluturum si alter juret. Unde hæc obligatio Paulo aliisque ex pacto aut conventione descendere dicitur [a]. Pactum autem defendit naturalis æquitas. Ast uti hoc de pactis honestis & integro consensu constantibus negari non potest, ita non pertinere videtur ad pactum quo perjuro indebitum solvendum est, ab invito, quoque paciscens putat se homini frugi deferre juramentum, cum is sit perjurus. Eadem ratio est imo evidentior in obligatione ex chirographo, quæ quartum nobis exemplum esse potest, de quâ sic Justinianus [b]. *Si quis debere se scripserit quod sibi numeratum non est, de pecunia minimè numeratâ post biennii metas exceptionem opponere non potest.* Ergò spe futuræ numerationis deceptus, & chirographo mutuum professus, post biennium reddere cogitur, quod non accepit, etsi se non accepisse docere velit: quod certè non tam æquitatis naturalis quam juris civilis vinculum est. Frustra hic quæris consensum Debitoris ex eo quod vel chirographum dedit, (id enim spe falsus fecit;) vel intra biennium sibi non prospexit quodque alienare videtur qui patitur usucapi [c]. Non enim ista sive omissio, sive negligentia ita coërcetur jure naturali, sed civili. Sed admittamus omnes has similesque obligationes niti aliquâ ratione naturali, negari tamen non potest plurimum niti authoritate & determinatione juris civilis, & multum differre ab aliis obligationibus mixtis, quæ integro consensu & manifestâ æquitate naturali constant, adeoque propius ad merè civiles quam ad illas accedere, neque illis satis accuratè misceri.

a *d.l.26. in fin. ff. de jurejur. §. 11. Inst. de act.*

b *t.t. Inst. de literar. Obl.*

c *l.28. d.V.S.*

Pars

PARS XI.

De Vinculo Naturali & Civili sive obligatione mixta, ejusque origine ex jure civili & Prætorio, nec non ex contractu, quasi contractu, delicto, quasi delicto nec non variis causarum figuris.

§ 1. Mixta obligatio quid ejusque explicatio. § 2. Obligatio hæc dividitur in civilem & Prætoriam. Utraque quid? § 3. Alia divisio obligationis in quatuor species; à causâ proximâ scilicet Contractu, quasi contractu, delicto & quasi delicto. Gaii de hac divisione alia sententia. Alia Modestini, sed vitiosa. Quas obligationes Gajus per jus proprium & varias causarum figuras intellexerit. Non quasi contractus & quasi maleficia, ut vulgus putat, sed omnia alia negotia ex quibus obligatio & actio nascitur quæque ad quatuor illas species non pertinent: ut omnes causæ ex quibus condictio ex lege datur. Error eorum qui putant varias causarum figuras etiam hic continere jus in re. Vitium divisionis Justinianeæ; à quo ut sibi caveret Modestinum, in contrarium incidisse.

§ 1. Mixtam obligationem Justinianus definit quando ait, *Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ, secundum nostræ civitatis jura*[a]. Est ergò hæc obligatio vinculum juris, & quidem utriusque tam naturalis quam civilis, quales obligationes sunt omnes tam ex contractibus, quam ex delictis aliisve causarum figuris, exceptis illis merè naturalibus merèque civilibus, de quibus ante egimus. Dicitur: *quo necessitate adstringimur:* quo ipso necessitas solutionis & actionis quæ ex hac obligatione nascitur, indigitatur, hæcque ab aliis obligationum generibus quæ hanc necessitatem non habent distinguitur. Quare etiam subjicitur *secundum nostræ civitatis jura*: ut intelligamus necessitatem illam & vim producendi actionem & exactionem, quæ est huic obligationi mixtæ tributa, aliis autem speciebus scilicet naturalibus civilibusque puris negata, juri civili Romano propriam esse. Secundum aliarum enim Civitatium jura nec non simplicitatem juris gentium aliter sese res habet. Perperam itaque Theophilus aliique hæc verba ad proximè præcedentia referunt iisque modum solutionis ad jus civile adstringi putant. Quod si sic esset, sequeretur eum qui secundum civitatis nostræ jura non solvit, non esse obligatum, quod absurdum est. Dicitur porro

a pr. Inst. de obl.

rei alicujus solvendæ. Rei autem appellatione etiam factum continetur[a]. Hoc vinculum enim adstringit nos tam ad faciendum quam ad rem dandam[b]. *Solvi* autem dicitur res cum debita præstatur[c]. Sic ergò naturæ & inodoli obligationis convenit personam debitoris adstringere necessitate rei alicujus debitæ solvendæ. Alienum vero ab hâc naturâ obligationis est jus in re tribuere. Unde Paulus ait[d]: *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat, ad dandum aliquid vel faciendum vel præstandum.* Atque huc spectat quod dicitur traditionibus & usucapionibus, non nudis pactis (ex quo obligatio nascitur,) dominia rerum transferri, quod alibi prolixius nobis explicatum est.

§ 2. Definitam modo obligationem Justinianus à causa efficiente remotâ dividit in *Civilem & Prætoriam.* Civilis est quæ vel à jure Civili constituta (ut obligatio verborũ, literarũ de pauperie & similes) vel quæ eodem comprobata sive recepta est, ut sunt obligationes plurimæ ex contractibus juris Gentium[e]. Prætoria est quam Prætor constituit, de quibus sic Justinianus[f]: *Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur: namque aut Civiles sunt aut Prætoriæ. Civiles sunt, quæ aut legibus constitutæ, aut certo jure Civili comprobatæ sunt. Prætoriæ sunt quas Prætor ex sua jurisdictione constituit, quæ etiam honorariæ vocantur.* Ambiguitatem vocis Civilis explicare antevertimus. De differentiæ vero inter Civiles obligationes & Prætorias effectu nec non de aliis quæ huc adferri possent prolixius dicemus, ubi divisionem actionum in Civiles & Prætorias ex instituto tractabimus.

§ 3. Itaque pergimus ad divisionem aliam obligationis hujus à causâ proximâ. De qua ita Justinianus[g], *Sequens divisio in quatuor species dividitur. Aut enim ex contractu sunt (obligationes:) aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio.* Jurisconsultus Gajus Paulo aliter[h]: *Obligationes* (inquit) aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio *quodam jure ex variis causarum figuris.* Longè iterum aliter dividit eam Modestinus, cum ait[i]: *Obligamur aut re, aut verbis, aut simul utroque, aut consensu, aut leges aut jure honorario, aut necessitate, aut ex peccato.* Sed hæc quidem posterior, quâ & jus cum facto, & causæ remotæ cum proximis confunduntur, nec de speciebus obligationis quicquam accuratè docetur, diligentiore examine

indigna

a *l.1. ff. de Reb. Cred.*
b *l.3. ff. d. O. & A. l.2. ff. d. V.O.*
c *l.49. ff. de solut. l.9. § 3. ff. de pign. act.*
d *l.3. ff. d. O. & A.*
e *l.7. ff. de pact.*
f *§ 1. Inst. de Obl.*
g *§ 2. Inst. de Obl.*
h *l.1. pr. ff. d. O. & A.*
i *l.52. ff. d. O. & A.*

indigna nobis videtur, ornanda & illustranda potius illis, quibus volupe est semper cum veteribus loqui nec vel latum unguem à dictis eorum recedere. De sensu autem divisionis Justiniani & Gaii, & num uterque idem aut cur alius aliud voluerit, quotque tandem causæ proximæ atque inde diversæ species statuendæ sint Obligationis, nunc propius. Cardo hujus rei potissimum in eo versatur ut intelligamus quid Gajus per *jus proprium* perque *varias causarum figuras* intelligat. Plerique putant per hæc intelligi quasi contractus & quasi maleficia. Tum, quod hæc contractus & maleficia non sint, sed species illis oppositæ, ex quibus nihilominus actio nascitur ipso Gajo teste [a]: tum, quod divisionem hanc subsequens series singularum obligationum, non alias causas arguat, siquidem in primâ illâ lege Gaii nec non secundâ, de obligationibus quæ ex contractu, in quartâ, de iis quæ ex delicto: de istis in quinta, quæ quasi ex contractu & quasi ex maleficio oriuntur agitur: quomodo locũ Gaii etiã Tribonianus accepit, & in institutionibus explicatũ dedit, ita forte edoctus integro libro secundo Aureorum Gaii unde hæc sumpta sunt. Verum enimverò rem hanc propius intuenti sententia hæc non potest non videri strictior angustiorque quam voluit Gajus. Non quidem hic cum aliis pertinaciter contendam, Contractuum appellatione quasi contractus & maleficiorum quasi maleficia contineri, atque ideo Gajum per proprium jus & varias causarum figuras, non hæc, sed alia negotia necessario exprimere debuisse & voluisse. Quanquam enim negari non possit, quasi contractus & quasi maleficia plerumque contractuum & maleficiorum appellatione comprehendi, atque quoad effectum eodem jure haberi, quod plurima juris loca evincunt [b]. Non tamen absurdè dici posset, ubi de singulis causis actionem producentibus agitur, Gajum hæc jure dinstinguere voluisse & debuisse, uti hæc quoque alio loco curatè distinxit [c]. Intellexerit itaque Gajus forte hisce figuris contractus vel quasi contractus, sine omni dubio tamen non illas solas causarum figuras, sed & omnes alias quoque intellexit, quæ neque ad contractus aut quasi contractus, neque ad maleficia vel quasi maleficia referri possunt. Quales tamen obligationes oppido multæ in jure occurrunt. At inquiunt vulgo, nulla est obligatio, quæ non possit referri ad unum ex quatuor generibus. Quicquid enim non est contractus aut delictum, quasi ve delictum,

a *l. 5. ff. d. O. & A.*

b *l. 16. ff de Negot. gest. d. R. I. l. 4. l. 49. d. O. & A.* §. 1. 10. & 17. *Inst. de act.* § 1. *Inst. de perpet. & temp. act.*

c *l. 5. ff. de O. & A.*

id quasi contractus est; & quicquid non est quasi contractus aut contractus delictumve, id quasi delictum erit. Et sic quidem quodammodo Gajus, audentius vero Tribonianus ubi de quasi contractibus & quasi maleficiis agunt, ratiocinari videntur Sed pinguiori imo rudiori Minervâ. Agnoscit enim jus Civile suos quasi contractus, agnoscit etiam sua quasi maleficia, quæ uti exiguo illo numero qui vel in Institutionibus refertur, vel alias hoc nomine expressè vocantur, concludere minimè velim, ita quoque eò extendere non ausim, ut ad quasi contractus aut quasi delicta referam ea negotia, quæ neque jus civile pro talibus agnoscit, neque iis satis similia sunt. Exempla sunt in pactis legitimis omnibusque causis ex quibus condictio ex lege datur. De quibus suo loco actum est [a]. Exemplum etiam est in pollicitatione & voto, quas species nescio an alii satis rectè removeant ab hoc loco, quasi ad jus publicum pertinentes, de quo Gajum agere voluisse negant. Cum omnia ferme loca veterum JCtorum in capite Pandectarum de Pollicitatione & voto doceant, hoc argumentum tractasse eos iis libris locisque, quibus de obligationibus & pactis egerunt. Longius verò à sensu & sententia Gaii aberrant qui *varias causarum* figuras *propriumque jus* tam latè explicant, ut etiam comprehendat jus in re, quod nec inscriptio hujus tituli in Basilicis, *de Obligationibus & actionibus ex variis causis nascentibus*, nec cætera quæ allegant juris nostri loca, quibus mutuus obligationi & actioni constituitur locus [b] aliave ulla satis evincunt. Concludimus tandem Divisionem illam Justiniani minus perfectam esse, neque omnes causas continere, à quo vitio ut sibi caveret, Modestinum in contrarium incidisse. Proculdubio autem Tribonianus in elementis juris quadripartitâ illa contentus fuit, quod ibi quatuor illas causas tantum tractare constituerat. Nobis nunc porro examinandas.

a l. 1. & 2. ff. de pollicitat. & vot.

b l. 3. §. 11. ff. de pecul. l. 77. in fin. ff. d. R. J. Vid. Struve ad ff. de O. & A.

Pars XII.

De Contractu in genere.

§ 1. Contractus unde dictus? Accipitur generaliter vel specialiter vel specialissime. § 2. Definitur contractus specialiter dictus. Ejus explicatio. Conventio quid? quotuplex. Quasi contractus propriè non sunt conventiones. §. Nomen in definitione

nitione contractus quid denotet? non operatur vim obligandi. Causa hic quid? scilicet datio vel factum. Differentia inter contractus & pacta legitima, nec non negotia ex quibus naturalis nascitur obligatio.

§ 1. Quid qualisque sit contractus non tam per se difficile est definire, quam id Interpretum mirum in modum hâc de re dissentientium intricatum disputationibus. Quibus omissis id quod res est compendio dicemus. Nomen autem negotium hoc à contrahendo accepit, quod post diversos tractatus contrahentes tandem in unum placitum consentiant sicque negotium contrahant: quod bene illustrat Ulpianus hisce: *Conventionis verbum (inquit) generale est ad omnia pertinens de quibus negotii contrahendi transigendique causâ consentiunt qui inter se agunt. Nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis, in unum locum colliguntur & veniunt, ita & qui diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius, nullum contractum esse, nullam obligationem* (hoc minus proprie & curatè) *quæ non habeat in se conventionem* [a]. Vox autem contractus valde ambigua est. Primò, generalissime accipitur pro omni negotio ex quo obligatio nascitur, sive id sit delictum, sive quasi contractus, sive pactum legitimum [b], quo sensu Aristoteles [c], contractus dicit alios *voluntarios* alios *involuntarios*. Secundò, specialiter & proprie pro vero contractu mox definiendo [d]. Tertiò, specialissimè pro contractu qui est συνάλλαγμα [e].

§ 2. Contractus ergò propriè & specialiter dictus nihil aliud est quam *conventio quæ habet speciale nomen vel causam sui naturâ obligationem ad agendum jure Civili efficacem producens:* quam definitionem tantum non totidem verbis profert Ulpianus. Genus verbis modo adductis satis indicat quando Pedii sententiam laudans dicit nullum *contractum esse qui non habeat in se conventionem*. Formæ loco esse nomen causamque quæ obligationem ad agendum efficacem generent, satis etiam hisce innuit: Jurisgentium *Conventiones (ait [f]) quædam actiones pariunt, quædam exceptiones: quæ pariunt actiones, in suo* (h.e. generali conventionum) *nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus, ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum & cæteri similes contractus. Sed etsi in alium contractum (sive talem speciem Conventionis quæ in certum nomen* contractus (h. e. contractum nominatum incidit) *non transeat,* (h.e. si certum nomen

a *l.1. § 2. ff. de pactis.*

b *l.52. ff de Re Iudicat. junct. l.21. ff. rer. amotar. l.20. ff. de judic. l.7. C. de Vi & met. l.1. verb. contrahuntur. ff. de legib.*

c *l. 5. Eth. 7.*

d *l.20. 22. ff. de P.V. l.55. § 3. ff. d. M.C. donat.*

e *l.19 ff. d. V.S.*

f *l.7. § 1. & 2. ff. de pact.*

non adsit) *subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem*, scilicet civilem, hoc est efficacem ad agendum, uti mox subjicit. Sic ergò optimè convenit cum jure Civili definitio nostra, cujus singulorum verborum vis & sensus nunc diligentius explorandus. Dicitur *Conventio*, quæ vox generalius communiter accipitur quam contractus, ita ut non tantum contractus, sed & quælibet alia nudaque pacta comprehendat. Vocatur alias quoque simpliciter *pactum* [a]. *Conventio* ergo vel *pactum* in genere, est *duorum vel plurium in idem placitum consensus* [b]. Dividiturque in pactum *nudum* (de quo supra occasione obligationis naturalis actum est) & *contractum*. Hoc vero genus Conventio sive pactum cum de quasi contractibus minimè prædicari possit, utpote quos consensus deficit, ut infra suo loco docebimus, consequitur, non satis rectè vulgo contractum per conventionem definitum in verum & quasi contractum dividi, quæ tamen ἀκρίβεια in divisionibus juris non æquè semper servari potest, & sæpe neglecta plus commodi quam incommodi adfert.

a *l. 1. § 2. 3. l. 27. § 2. ff de pact. l. 3. de pollicitat. l. 6. C. de jur. dot.*
b *d. l. 1. § 2. d. l. 3.*

§ 3. Dicitur *quæ habet speciale nomen*. Nomen ergò hic intelligitur nō generis, sed specificum & propriū huic aut illi conventioni, quo ipso illa à cæteris distinguitur. Ergone tanti est nomen alicujus rei ut illud in ipsâ definitione, quæ genus & formam desiderat, locum mereri possit? Ergòne nomen tantum efficiet in nominatis contractibus, quantum causa in nec-nominatis? Minimè vero. Nomina sunt tantum significandarum rerum gratiâ. Cum itaque proprium contractus nomen requirimus, aut vim civiliter obligandi nominato contractui tribuimus, non tam ad nomen quam formam rei nominatæ respicimus. Res itaque sic se habet. Sunt quædam genera conventionum utiliora & ideo frequentiora aliis. Hæc ob frequentiam usumque suum quotidianum speciale nomen, effectumque facile acceperunt, cum aliæ contra conventiones minus frequentes, hæc non habeant adeoque à prioribus non minus nòmine, quam forma modoque contrahendi, nec non effectu obligandi differant. Utilitas ergò effecit ut conventiones hæ essent in frequentiori usu. Usus peperit rei nomen. Utilitas est causa obligationis constituendæ: nomen est indicium constitutæ [c]. Dicitur, *vel causam*: Sunt enim contractus, qui quidem proprium nomen non habent, sed tamen conventiones sunt & dum causam habent,

c *Don. 12. Com. 9.*

bent, non magis formâ effectuque contractuum carent, quam si certo proprio nomine appellarentur: quid autem Ulpianus per causam intelligat non adeo omnibus æque expeditum visum est. Alii causam dicunt factum præcedens, propter quod quid fit. Alii negotium civile, quod habet vim obligandi. Alii vim producendi obligationem civilem conventioni tributam. Sed hi quidem incertos videntur reddere incertiores. Antiquior receptiorque sententia causam recte interpretatur *dationem vel factum.* Neque enim causa aliud significare potest, quam id quod in contractibus nec nominatis obligationem civilem parit: cum Ulpianus hâc in re nominatas conventiones, iis, quæ sine nomine proprio sunt, opponat, harumque obligationem ex causâ quæ intervenit arcessat. At vero in nec nominatis contractibus nihil aliud invenitur quod obligationem inducat, quam datio aut factum, ut plenius mox videbimus. Dicitur *sui naturâ,* ut sic distinguatur contractus ab illis conventionibus, quæ quidem obligationem civilem producunt, at non vi & naturâ suâ, verum alienâ, uti in pacto legitimo & similibus vidimus, quibus illa vis extrinsecus accedit. Dicitur *ad agendum jure civili efficacem.* Ut contractus sic distinguatur ab illis conventionibus quæ quidem suâ naturâ obligationem producunt, forte naturalem, de quâ supra, sed non ad agendum jure Civili efficacem, quale est nudum pactum & similia. Cæterum & generi & formæ, & speciebus hisce contractuum gravissimè obstat locus Labeonis a ab Ulpiano relatus, nec non alius locus ipsius Ulpiani, quo de condictione certi ex omni obligatione deque contractu in certo agit. Ille quidem à paucissimis: hic quod sciam, à nemine satis exactè explicatus, quem utrumque nos post divisionem contractuum & traditam definitionem mutui diligentius excutiemus. Illud saltem ex hisce liquet nullum contractum juris civilis esse, qui non habeat vel proprium nomen, aut eo deficiente causam, hoc est dationem vel factum. Unde vulgata est divisio contractus in nominatum & nec nominatum.

a in l. 19. ff. d. V. S.

PARS

Pars XIII.

De Contractibus nominatis, eorumque divisione in eos qui re, verbis, literis aut consensu fiunt, nec non de mutuo ejusque obligatione in specie.

§ 1. Contractus nominatus quid? Ejus 4 species à forma distincta, quatenus re, verbis, literis aut consensu perficiuntur. Omnis contractus consensualis est quatenus consensus est causa efficiens, § . 2. Quæ negotia re dicantur contrahi & quotupliciter. § . 3. species contractuum nominatorum qui re perficiuntur 4. mutuum, commodatum, depositum & pignus. § . 4. Mutuum dicitur ex meo tuum. Nova erroneaque opinio Salmasii circa hoc. Mutuum & creditum quomodo differant. Definitio mutui. Explicatio l. 19 ff. d. V. S. quæ multum videtur officere naturæ & contractuum nominatorum & mutui. Occasio dictæ legis, ex Edicto prætoris de minoribus. Error eorum qui ex illa lege formam aut genus contractus æstimare volunt. Error eorum qui in mutuo & stipulatione obligationem ultro citraque statuunt. Ineptum argumentum eorum ex Plauto. Confutantur vel ipsa definitione obligationis. Removentur & aliæ ineptæ objectiones. Error eorum qui in omni contractu obligationem mutuam requirunt aliorumque 5. Quæstio Ultramontanorum & citramontanorum de condictione certi quæ nascitur ex mutuo. Explicatur accuratè locus Ulpiani in l. 9. ff. de Reb. Cred. Tres difficultates ejus loci: quomodo una actio ex variis contractibus detur; quis ille incertus contractus ex quo certi condictio datur? quis ille contractus mixtus, qui re & verbis simul fit. § . 6. locus nondum satis recte explicatus diligentius explicandus. Occasio hujus. ex l. 1. ejusdem tituli, ubi proponitur Edictum Prætoris de rebus creditis quod quale fuerit colligitur. Inde concluditur ICtum Ulpianum rectissime condictionem certi ex omni obligatione, ex omni causa arcessere. § . 7. Cur generalis condictio data à Prætore ex iis contractibus, ex quibus ante specialiter agi poterat? Ejus duplex utilitas. Quomodo hæc actio & generalis & utilis sit ex veteri instituto judiciorum & formulis antiquis eruitur. § . 8. Concluditur ex ante dictis quid sit Condictio certi generalis. Actu ipso nulla condictio certi est generalis, sed in intellectu consistit. Ne ipsum nomen quidem ullo juris loco legitur. Quando autem condictio illa certi ex mutuo vel alio speciali negotio datur, rêvera non est alia actio quam specialis illa quæ isthoc ex negotio oritur, modo agendi & formulâ nonnihil differens. § 9. Error eorum qui inter generalem & specialem condictionem distinguunt tanquam inter species sibi oppsitas. Error Bartoli & aliorum putantium in condictione certi generali non opus esse exprimere causam. Parum subtiliter quoque disputatur de concursu condictionis certi generalis & specialis. Error Fabri huic actioni deficientibus aliis demum locum facientis. Error fere communis. Condictionem hanc non dari ad duplum ad quod competit actio Aquiliæ. Error alius vulgi condictionem hanc nunquam infamare putantis. l. 36. ff. d. O. & A. de quibus condictionibus

nibus intelligenda. Error Fabri non condictionem certi sed condictionem ex mutuo dari, sicque locum Institutionum legi volentis. Error Glossæ & vulgi Condictionem certi ad interesse concedentis. §. 10. Quomodo ex contractu incerto certi condictio dicatur competere, recensentur variorum variæ opiniones. Asseritur omnes sententias suo modo locum habere posse § 11. Cur Vlpianus faciat mentionem contractus qui re & verbis initur §. 12. Forma mutui, §. 13. Gravissima controversia an traditio brevi manu locum habeat in mutuo & num loca Vlpiani in l. 15. d. R. C. & Africani in l. 34. ff. mandati conciliari possint. Explicantur hæc loca & conciliantur secundum verba & analogiam juris.

§ 1. Contractus ergò nominatus est conventio quæ propter utilitatem quam præbet humano generi suamque frequentiam, sortita est speciale nomen, quæque perficitur & obligationem efficacem parere potest, etsi nec datio, nec factum intervenerit. Atque hic à formâ specificâ dividitur in quatuor species, quarum prima ad formam suam requirit *rei traditionem*: secunda, *solennia verba* stipulantis & promittentis: tertia *scripturam*, quarta verò nihil præter *consensum*. Unde Justinianus post Gaium [a] ait: *Prius est ut de iis quæ ex contractu sunt despiciamus. Harum æquè quatuor sunt species. aut enim re contrahuntur aut verbis aut literis aut consensu* [b]. Equidem cum omnis contractus sit conventio, omnis autem conventio duarum vel plurium in idem placitum consensus [c], non potest non omnis contractus consensu iniri, unde omnium contractuum causam efficientem consensum rectè dixeris. Quando autem sola causa efficiens effectum non potest producere, nisi accedat etiam forma, qualis est rei traditio, verba, aut scriptura in aliis, contractibus, in consensualibus autem ipse consensus, duplici hic quodammodo fungens officio, scilicet & efficientis & formæ: proinde hoc sensu hi consensuales rectè dicuntur atque aliis aliam formam desiderantibus jure opponuntur. An autem tres an vero quatuor hæ sint species divisionis jam non inquiremus, & satis liquebit, ubi mox curatius examinaverimus an contractus qui scripturâ dicitur perfici, sit nova atque distincta contractuum species an potius præsumptum mutuum.

a *l. 1. pr. ff. d. O. & A.*

b *Inst. de Obl.*

c *l. 1. ff. de pact.*

§ 2. Negotia autem quæ re dicuntur contrahi non uno semper accipiuntur modo. Primo enim ex re dicitur venire obligatio quæ ex quasi contractu oritur, quomodo etiam obligari possunt qui consentire nequeunt, veluti furiosus & pupillus. Unde Paulus ait, *Furiosus*

riosus & pupillus ubi ex re actio venit obligantur, etiam sine curatore vel tutoris authoritate, veluti si communem fundum habeo cum his & aliquid in eum impendero &c. [a] Secundo obligatio ex veris contractibus dicitur re contrahi, & quidē generalius tam ex innominato quam nominato contractu. Unde idem Paulus: *Permutatio ex re tradita initium obligationi prabet, alioqui si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus* [b]. Hinc etiam Diocletianus & Maximinianus: *Ex placito permutationis nulla re secuta constat nemini actionem competere* [c]. Atque eò spectat dictum Gaji: *In traditionibus rerum, quodcunque pactum sit id valere manifestissimum est* [d]. Atque illud Hermogeniani: *Divisionis placitum nisi traditione vel stipulatione sumat effectum, ad actionem ut nudum pactum nulli prodesse poterit* [e]. Hoc sensu contractus qui re perficitur finiri potest *conventio qua propter accedentem rei traditionem obligationem parit*. Tertio verò & strictius re initus contractus, in genere definiri potest, *contractus nominatus, quo res alicui traditur convenitq; ut eadem vel in genere vel in specie reddatur* [f]. Habet ergò hoc tertium genus cum secundo illud quidem commune, quod utrumque & sit conventio, & non perficiatur nisi rei traditione. In eo verò differunt, quod natura contractuum innominatorum non exigat ut eadem res in eodem genere vel specie reddatur, neque enim in permutatione requiritur ut pro vino vinum, pro oleo oleum, argentum pro argento reddatur, sed & pro vino oleum vel pro utroque argentum vel aliud datur. Quin & in contractibus innominatis data sæpe factis pensantur; quod longe aliter se se habet in contractibus nominatis, qui re perficiuntur, quod ex singulis earum speciebus manifestius fiet.

§ 3. Species autem horum tum à Gajo [g] tum à Justiniano [h] recensentur quatuor. Scilicet mutuum, commodatum, depositum & pignus. Indebitum quod vulgo promutuum appellant, etsi in nonnullis mutuo simile sit, revera tamen potius distractus quam contractus est, si animum contrahentium respicias [i]. Si vero ad causam obligandi attendas, ad quasi contractus pertinet [k].

§ 4. Prima ergò species contractuum nominatorum qui re perficiuntur est Mutuum, quod ita dicitur quasi ex meo tuum faciat, semperque dominium transferat, quod nemo negabit nisi qui aut ipsa juris Romani principia non intelligit, aut ingenii scientiæque fiduciâ convellere audet ut celeberrimus quondam Salmasius. Dicitur mutuum etiam *Creditum* toto titulo ejusque inscriptione Digestorum

a l. 46 ff. de O. & A.
b l. 1 § 2. ff. de rer. permut.
c l. 3. C. eod.
d l. 48. ff. de pact.
e l. 45. ff. eod.
f l. 1. §. 2. & seqq. ff. d. O. & A. t.t. I. Quib. mod. re contr. obl.
g § l. 1. d. O. & A. t.t. Inst. quib. mod. re contr. obl.
h §. 1. Inst. quibus mod. re cont. obl.
i §. 6. & 7. Inst. de obl. quæ quasi ex contr.
k pr. Inst. quib. mod. re contr. obl.

rum

rum de Rebus Creditis, quamvis vox crediti genuino suo sensu multo latius accipiatur. Teste enim Gajo[a] *Creditorum appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed omnes quibus ex qualibet causa debetur.* Definiri potest mutuum *contractus nominatus quo res fungibilis alteri datur eâ lege ut alia ejusdem generis & qualitatis danti restituatur*[b]. Dicitur *contractus*, & rectissimè quidem. Est enim conventio quæ suam formam nominatam habet unde obligatio efficax nascitur. Ex quo certò consequitur errorem aliaque quæ conventioni obstant, mutuo quoque officere. De errore aut dissensu quidem in causâ tradendi magna videtur controversia fuisse inter veteres, quâ de plenius egimus ubi traditionē ceu modū transferendi dominii consideravimus. Cæterum quamvis certissimū sit mutuū esse contractum, scrupulum tamē non levē de eo movet Labeo eumque referens Ulpianus hisce: *Labeo libro primo Prætoris Vrbani definit, quod quædam agantur, quædā gerantur, quædā contrahantur. Et actum quidē generale verbum esse, sive verbis, sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione. Contractum autem ultro citroque obligationem, quod Græci* συνάλλαγμα *vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem. Gestum rem significare sine verbis factam*[c]. Locus certè explicatione eo dignior, quo plures gravioresque inde controversiæ ortæ sunt, quoque magis etiam nostris videtur adversari de contractibus traditis. Neque enim nostra definitio contractus huic convenit, neque illæ contractuum species quas diximus hic pro contractibus habentur. Imò stipulatio & mutuum contractibus opponuntur. Neque contractuum aliæ species hic enumerantur quam consensualium. Unde non exigua difficultas Interpretibus, quæ tamen facili tolletur negotio, ubi investigatum fuerit quo sensu quaque occasione hic locus sive à Labeone, sive ab Ulpiano sic conceptus sit. Prætor inconsultæ ætati auxilium daturus edixerat: *Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur; uti quæque res erit animadvertam*[d]. Hujus edicti verba ex professo interpretatus est Ulpianus libro suo undecimo ad edictum, ex quo Compositores Digestorum tum ipsam edicti formulam in lege prima de Minoribus præscriptam, tum ipsius explicationem in lege primâ, tertiâ, quintâ, septimâ, nonâ, undecimâ, tertiâ, sextâ & octavâ decimâ, ejusdem capitis, tum hunc nostrum locum qui ad explicationem illam omnino pertinet, hauserunt, & diversis

a l. 11. ff. d. V. S.

b l. 2. § 1. & 3 ff. de R. C. l. 1. § 1. & 2. seqq. d. O. & A pr. Inst. quib. mod. re cont. obl.

c l. 19. ff. d. V. S.

d l. 1. § 1. ff. de Minor.

Pandectarum locis proposuerunt. Quando ergò Prætor dixit se animadversurum quid cum minore *gestum* esset. Potissima quæstio fuit quid τὸ *gestum* significaret, & quænam essent negotia minorum animadversione illâ Prætoriâ digna, quæ quidem plurima sunt & ab Ulpiano in explicatione vocis *gestum* longâ serie explicantur, dictâ modo lege septimâ. Sed huic complexui variorum multorumque eorum negotiorum non leviter obstitit proprietas verbuli *gestum*, quo Prætor in edicto usus erat. De eo itaque anxius Ulpianus voluit consulere celeberrimum ejusmodi vocum interpretem Antistium Labeonem, subtilitatis atque antiquitatis observantissimum callentissimumque (teste Gellio [a].) Is ergò in libro primo ad Prætoris Urbani, hoc est ad edictum Prætoris Urbani, tradit quid propriè significet gestum & quid inter se differant *actus, contractus* & *gestum*. Qua autem occasione Labeo hæc scripserit non adeo certum est. Neque enim liber ille primus Prætoris Urbani ullo alio juris nostri loco quod sciam citatur. Probabile tamen est Labeonem isto libro idem argumentum de restitutione minorum tractasse eandemque occasionem hæc verba explicandi habuisse, quam habuit Ulpianus: tum quod Ulpianus proculdubio quæ Labeo alio sensu dixerat, in alium haud trahere voluerit: tum, quod & Ulpianus & plures alii Jurisconsulti hoc Edictum de restitutione minorum interpretati, pluribus locis ad Labeonis authoritatem provocant. Sic Ulpianus eodem libro undecimo definiturus animadversionem illam Prætoris non habere locum, cum minor societatem vel aliud negotium contraxit quod ipso jure nullum est, iterum ad Labeonis authoritatem confugit [b]. Et Pomponius quem refert Ulpianus, Labeonis authoritate confirmat, *si minor viginti quinque annis fundum vendidit, & tradidit, si emptor rursus eum alienavit, si quidem emptor sequens scit rem ita gestam, restitutionem adversus eum faciendam* [c]. Callistratus quoque ei qui prius quam nasceretur usucaptum amisit, restituendam actionem esse docens, scriptis nititur Labeonis [d]. Quæ aliaque plurima juris loca de restitutionibus in integrum ex Labeonis scriptis petita, si conjungantur cum eo loco Ulpiani quo inter actum, contractum & gestum distinguit authoritate Labeonis [e], nec non cum eo quo edictum Prætoris de Minoribus & quid τὸ *gestum* in eo significet declarat dicitque *Gestum sic accipimus qualiter qualiter, sive contractus sit, sive quid aliud contigit* [f] manifestissimum fiet, neque

[a] l. 13. c. 10. & 12.
[b] l. 16. ff. de Minor.
[c] l. 13. in fin. ff. eod.
[d] l. 45 ff. eod.
[e] l. 19. d. V. S.
[f] l. 7. pr. ff. de Minor.

neque Labeoni neque Ulpiano ubi de actu, contractu & gesto agunt, mentem propositumve fuisse accuratè definiendi quid sit contractus, quæve ejus species. (Id enim ad subjectam materiam & rem de qua agebatur nihil attinebat) sed tantum quid propriè hujus aut illius vocabuli significatio denotaret, & quomodo ab illa significatione Prætor in eo edicto tamen abscederet & sub voce *gesti* etiam qualemcunque *contractum* & *actum* comprehenderet. Longè aliter de contractibus sentit & loquitur Ulpianus ubi ex instituto eorum naturam describit. Quod liquet ex illis quibus supra definitionem nostram contractus firmavimus. Itaque gravissimè errant qui vel genus, vel formam, vel species contractuum ex hâc lege æstimare satagunt, cum author ejus id hoc loco minimè egerit ut hæc accuratè traderet, alibi vero accuratissimè hæc tradita videamus. Quis enim unquam dixit genus contractus esse obligationem? Effectus illa est, non Genus. Conventio vero genus est de quo inter omnes JCtos facile convenit. Quis unquam negavit stipulationem esse contractum? Ecquis contractum exactius finiturus ex eo unquam æstimavit quod ultro citroque inde nascatur obligatio, cum hoc quoque pactis legitimis aliisque negotiis commune sit, atque in ipsis veris contractibus quandoque non inveniatur. Nam ut nunc nihil dicam de iis negotiis, quæ & non ab initio sed ex accidenti tantum pariunt obligationem minus principalem, unde datur actio contraria, veluti contraria mandati, commodati, depositi: certè in mutuo & stipulatione ultro citroque non nascitur obligatio. Si Manditarius, Commodetarius, Depositarius, neque impensas fecerunt, nec aliud simile allegare possunt ex quo contrario judicio experiantur, quod frequentissimè accidit, an ideo mandatum, commodatum, depositum desinet esse contractus? an tum demum fient contractus cum obligatio ultro citroque nata est hoc est cum actio contraria competere incipit? At vero (ut cum Philosophis loquar) forma dat esse rei. Unde JCtis contractus qui ad formam suam requirit rei traditionem, ipsâ traditione; Consensualis nudo consensu; Verborum, interrogatione & responsione perficitur. Equidem natura eorum negotiorum ex quibus ex accidenti nascitur obligatio secundaria, jam ab initio ita comparata est, ut alter contrahentium qui contrario judicio tenetur, & ante sciat se ad restitutionem impensarum similiumve obligatum iri,

inque id quodammodo consentire videatur si quid factum sit, ob quod contraria actio competere possit, ut hoc præstet, & ipsa obligatio secundaria quodammodo ab initio existere videatur, reverâ tamen nondum est nata. Sed demus pinguiori Minervâ hoc *συνάλλαγμα* ab initio jam haberi. In mutuo tamen & stipulatione quæ ultro citroque obligatio sit, ex jure civili intelligi haud potest. Ubi enim jus ejusmodi civilem obligationem mutuam agnoscit, mutuas quoque concedit actiones. Quæ vero actio promittenti contra stipulantem prodita, an actio ex stipulatu contraria? (Hæc certe debebat esse ob imparem obligationem si quidem duplex hic esset:) Qua actione debitor, qui mutuum accepit conveniet Creditorem, an condictione certi contraria? Quod debiti genus persequentur hæ actiones? Alienissima hæc sunt à jure Civili. Video tamen Viris aliàs juris Civilis peritissimis placere illam mutuam obligationem in mutuo & stipulatione, Creditoremque ad accipiendum obligari, quomodo Thesprio *cœnam promissam ab Epidico accepturum se spondet apud Plautum* [a], quod quidem argumentum magis inter facetias Plautinas quam seria JCtorum responsa locum mereri videtur. Nam si creditor juris vinculo obstrictus esset ad accipiendum, sane etiam invitus accipere cogeretur. At non cogitur. Quia ipsa definitio Obligationis repugnat huic juri creditoris. Est enim obligatio juris vinculum quo adstringimur alicujus rei solvendæ (non accipiendæ) necessitate. At inquiunt, nemo liberatur ingratiis, nisi creditori satisfactum sit [b]. Mira arguendi ratio. Debitor non liberatur nisi creditori satisfactum sit. Ergo creditor obligatus debitori. Ad rem magis faceret si dicerent; Creditor non liberatur nisi satisfactionem acceperit, Ergò creditor etiam obligatus est. Sed quæ juris loca Obligationis Creditoris ex stipulatu aut mutuo unquam meminerunt? quæve liberationem aut dissolutionem ejus præscripserunt? At inquiunt: nisi creditor ex mutuo oblatam pecuniam acceperit, moram committit [c]. Sed responsiò in promptu est: Aliud nempe est moram facere, aliud obligationem civilem contrahere. Hæc est causa ad producendam actionem, illa non æquè. Creditori enim qui moram facit etsi mora illa noceat ut solutionem postea petere non possit, forte si res solvenda ob moram ejus interiit. Debitor tamen adversus morosum Creditorem non habet actionem, qua petit ut Creditor cogatur accipere debitum [d].

Sed

a *act. 1. scen. 1.*

b *l. 39. ff. de Neg. Gest. l. 31. pr. ff. de her. pet.*

c *l. 32. pr. ff. de Usur. l. 32. pr ff. de solut.*

d *l. 20. C. de pignor.*

Sed instant : Imo creditor conveniri potest actione pignoratitiâ si pecunia soluta sit ad repetendum pignus. Sed & condictione sine causa ad restitutionem syngraphæ [a]. Ita est : sed hæ actiones non oriuntur ex mutuo aut stipulatu, sed ex longè alio negotio: scilicet actio pignoratitia ex contractu pignoris, qui quidem solet accedere mutuo [b]. Condictio sine causa vero nascitur ex quasi contractu [c]. Hæc cum ita se habeant, consequitur definitionem rei à vocum qualicunque explicatione non satis discernere eos, qui genus, formam & speciem contractuum ex hac lege æstimare volunt; nec non aberrare eos qui hinc in omni contractu ultro citroque obligationem requirunt; quin etiam supervacaneam esse solicitudinem eorum, qui ut mutuo & stipulationi locum inter contráctus asserant, ultro citroq; obligationem in his fingunt; Denique manifestam vim legi inferre, qui stipulationem & mutuum eo sensu quo vox hæc à Labeone & Ulpiano hoc loco accipitur, ad contractum referunt, quamvis ex aliis locis Ulpiani & JCtorum veterum manifestum sit mutuum (quod hoc loco uti alias sæpe [d], per numerationem significatur) & stipulationem esse verum contractum qualis à nobis definitus est. Sic qui circa verba hærent legum, sensum veritatis amittunt, & ubi semel à proposito legis authoris aberraverint, ex absurdo in plura absurdiora præcipites ruunt. Cujus generis erroris nunc aliud quoque insigne exemplum ostendemus.

§ 5. Etsi hic ergò mutuum rectè definitur contractus; etsi rectè etiam dicitur nominatus, cum suum certum nomen certamque formam quibus à cæteris distinguitur habeat : attamen non levis inter Vltramontanos & Citramontanos, Gallos scilicet & Italos orta controversia, sitne hæc condictio certi, quæ ex mutuo competit [e], quæ Vlpiano etiam ex omni alia causa competere dicitur [f], generalis, an specialis. Illi unum genus condictionis certi esse idque non minus ex mutuo quam aliis contractibus, ex quibus certum debetur, competere asserebant, ceu docet Petrus de Bella pertica cum aliis antiquioribus JCtis Gallis, in commentariis suis ad locum Vlpiani ex lib. 26. ad Edictum, quo hæc res non tam tractatur quam præcise definitur. *Certi enim condictio* (inquit JCtus [g]) *ex omni causâ, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto: licet enim nobis ex omni contractu certum condi-*

cere,

a l. 2. C. de Cond. ex l. arg. l. 1. § 2. ff de Cond. sin. caus. l. 11. § 6. in fin. de pign. act.

b § ult. Inst. quib. mod. re Cont. obl.

c arg § 6. Inst. de Obl. quæ quas. ex cont. nasc. l. 32. in fin. de reb. Cred.

d l. 9. ff de reb. Cred.

e pr Inst quib. mod. re contr. obl.

f l. 1. p. 1. ff. de Reb. Cred.

g l 9. ff. de Reb. Cred.

cere, dummodo præsens sit obligatio. Cæterum si in diem sit vel sub conditionem, obligatio, ante diem vel conditionem non potero agere. Com petit hac actio etiam ex legati causâ & ex lege Aquilia, sed & ex causa furtivâ per hanc actionem condicitur: Sed etsi ex Senatus consulto agetur, competit hæc actio, veluti si is cui fiduciaria hereditas restituta est agere vo let. Sive autem suo nomine quis obligatus sit, sive alieno per hanc actionem recte convenietur. Quoniam igitur ex omnibus contractibus hæc certi condictio competit, sive re fuerit contractus factu, sive verbis, sive conjunctim, &c. Quid hisce clarius dici potest quam unam certi condictionem & ex, mutuo & ex variis aliis contractibus, imò & ex delictis dari? Negavit tamen hoc Accursius Bartolusque in Commentariis suis ad eundem locum quos alii Citramontani catervatim secuti sunt, moti tum aliis multis ex parte satis ineptis, tum imprimis his argumentis. 1. Quod Contractus nominati omnes specialem actionem producant, quidni ergo & mutuum? 2. Quod Justinianus expressè de mutuo ait: *ex eo contractu nascitur actio quæ vocatur certi condictio* a. Si ergò hæc actio ex hoc contractu nascitur non est eadem quæ ex aliis omnibus. Atque hæ quidem rationes veri similes sunt. Neque enim vel natura contractus mutui, vel actionis indè competentis aliud ut dicamus patitur. Illa vero restat difficultas, nec una, nec levis, quomodo actio quæ ex mutuo nascitur etiam dari possit ex omni aliâ causâ ex quâ certum petitur? quomodo id convenire possit naturæ contractuum nominatorum? Et cum ex duobus contractibus nominatis scilicet stipulatione certâ & mutuo & aliis condictio certi detur, an actio illa ex diversis contractibus sit una eademq; an diversa, & quomodo differat. Accedit secundo & illa difficultas, quomodo ex contractu incerto actio certi possit dari. Deniq; etiam 3. jure quæras, sit ne cōmunis divisio contractuū in eos qui re, verbis, literis & consensu contrahuntur justa, cū Vlpianus contractus mixti qui re & verbis initur, hic quoq; mentionē faciat: quæ omnes difficultates ut semel radicitus tollantur, necessariū fuerit in genuinū sensum dictæ legis inquirere.

a § 1. *Inst. quib. mod. re contr. obl.*

§ 6. Etsi enim plærique & Veteres & recentiores interpretes satis prolixè & diligenter ad eam commentati sint, vix ullus tamen, quantum mihi quidem videre licuit, rem omnem satis feliciter expedivit. Nobis prima cura erit inspicere quá occasione quoque animo JCtus Vlpianus generalem illam naturam condictionis certi describat, illamque tam variis negotiis tribuat, quod facile liquebit

bit si conjungatur hic locus qui sumptus est ex libro Ulpiani sexto-vigesimo ad Edictum, cum aliis legibus & imprimis cum lege primâ ejusdem tituli ex eodem libro locoque collectis. Sic manifestissimum fit JCtum ibi interpretari Edictum Prætoris de rebus Creditis ejusque singula verba & maximè actionem, quam Prætor isthoc edicto pollicitus est: quam interpretationem hisce orditur: *E re est prius quam ad verborum interpretationem perveniamus pauca de significatione ipsius tituli referre. Quoniam igitur multa ad contractus varios pertinentia jura sub hoc titulo Prætor inseruit, ideo rerum creditarum titulum præmisit, omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus complectitur. Nam & libro primo quæstionum Celsus ait credendi generalis appellatio est*[a]. De eo itaque dubitari non potest quin titulus & Edictum Prætoris quod Ulpianus interpretatur generaliter fuerit conceptum *de rebus Creditis*. Ipsa quidem Edicti verba nobis non referuntur. In eo tamen conveniunt omnes fere interpretes, & simillimum veri est, initialia Edicti verba fuisse, *Si certum petatur*. quemadmodum interdictum *Quorum bonorum*, *uti possidetis*, *utrubi* aliaque interdicta ab initialibus verbis dicta sunt. De rebus creditis Prætorem edixisse modo visa loca confirmant. Neque dubitari potest quin Prætor ad petitionem certi, rerum creditarum nomine actionem pollicitus sit, unde probabile fit, exemplo edicti de negotiis gestis, commodati, depositi aliorumque plurimorum Edictum hoc in hunc fere sensum conceptum fuisse: *Si certum petatur rerum creditarum nomine judicium dabo.* Quid τὸ *certum* hoc loco significet, JCtus Paulus in suo commentario ad Edictum explicat cum ait: *Certum est cujus species vel quantitas, quæ in obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione, quæ nominis vice fungitur qualis quantaque sit ostenditur*[b]. Vocem quoque *Credendi* generalem esse modo ex Ulpiano intelleximus. Idem eodem loco ait: *Rei quoque verbum ut generale Prætor elegit*[c]. & alibi[d] *Rei appellatio latior est quam pecuniæ quæ etiam ea quæ extra computationem patrimonii nostri sunt continentur.* Atque iterum ait: *Rei appellatio ad omnem contractum & obligationem pertinet*[e]. Quando ergò Prætor edicit generaliter de omni omnino obligatione ex quâ certum petitur, non potest non Ulpianus actionem ex hoc Edicto generaliter interpretari. Itaque jure dicit: *Certi condictio* (scilicet à Prætore hoc loco promissa) *competit ex omni causa, ex omni obligatione ex qua certum petitur*, sive ea nascatur

a *l. 1. ff. de reb. cred.*

b *l. 6. ff. de Reb. Cred.*

c *l. 1. in fin. ff. de Reb. Cred.*

d *l. 5. ff. d. V. S.*

e *l. 6. eod.*

ex contractu sive ex maleficio aliisve causarum figuris ut recte Accursius, Bartolus, Zasius aliique observant & subjecta exempla legis Aquiliæ, causæ furtivæ & similia evincunt. Evincit id etiam subjecta limitatio: *dummodo præsens sit obligatio: cæterum si in diem sit, vel sub conditionem obligatio, ante diem vel conditionem petere non potero.* Ergò ut hæc actio locum habeat, hoc solum requiritur, ut certum petatur ex obligatione præsenti: unde illa nascatur, an ex contractu, an delicto, an aliunde, an ex certo an ex incerto contractu, an ex causâ civili an ex causâ Prætoriâ, non interest. De eo vero inter omnes convenit nec dubitare nos sinit sive ratio, sive analogia juris, obligationem hic intelligi tantum talem, ex quá jure civili Prætoriove actio intentari potest. Neque enim de eo quod nudo pacto certum promissum est hoc judicium dabit Prætor, quia obligatio inde nata, cum de actione quæritur, pro obligatione non habetur ipso quoque Vlpiano teste[a].

a l. 7. §. 4. ff. de pact.

§ 7. Cui bono ergò hæc actio, si ex mutuo, lege Aquiliâ, causâ furtivâ, similibusque negotiis promittitur, ex quibus jam ante competebat? Ergone nihil novi hic edixit Prætor? Equidem jure Civili ex mutuo aliisque contractibns etiam ante hoc edictum certum peti potuisse non est dubitandum. Gerebant tamen etiam Prætores curam actionum earum Civilium, sive dandarum, sive moderandarum, atque ideo edicta de actione commodati, depositi aliisque proposita videmus: quomodo & hoc loco de mutuo & quibuscunque rebus creditis condictio certi promittitur, quo ipso Prætor actionem ex commodato, deposito, aut mutuo ex sua jurisdictione non introducit, sed jure civili introductam promittit, atque hactenus nihil novi concedit. Itaque ante hoc quoque edictum & mutuum & condictio certi fuit, sed ut videtur non tam frequens, non tam vaga quam quidem hoc edicto producta est. Creditor ex mutuo acturus hâc formulâ agebat: *Ajo te mihi sestertium mille (vel vini Campani optimi amphoras centum) ex mutuo dare oportere.* Sic quoque si eadem peterentur ex stipulatu, vel ex testamento, additâ mentione stipulationis aut testamenti actum fuisse, ex variis juris locis haud obscure colligitur[b]. & confirmat Quintilianus[c] quando ait: satis est dicere *certam creditam pecuniam peto ex stipulatione.* Cognitâ hâc petitione actoris exceptioneque rei, Prætor ex veteri instituto condictionem certi dabat hac formulâ: *Si paret Titium centum dare oportere, Sempronius*

b l. 18. ff. de O. & A. l. 82. §. 1. de leg. 1.
c lib. 4. cap. 2.

nius Judex esto. In aliis actionibus veluti commodati, depositi, empti, furti cæterisque quibus certum ita non petebatur, hæc actio locum non poterat habere propter varias earum præstationes. Cum enim olim Judex ne latum quidem unguem à formula posset recedere, nec in minorem summam quam petita esset reum condemnare, si quidem actorem plus petentem totâ causâ cadere necesse erat [a]: consultius actori fuit, si se neque certi petitioni neque formulæ huic angustiori adstringeret, sed pro natura cujusque negotii ex commodato commodati, de damno injuriâ dato ex lege Aquilia, de furto actione vel condictione furtivâ ageret, quæ remedia certiora & pinguiora, certe minus periculosa videri poterant. Quin etiam magis consentaneum videbatur, si (ut Paulus ait [b]) *singulis causis singulæ actiones sufficerent.* Quoniam autem facile labi poterat actor in eligendo genere actionis, cum teste Ulpiano [c] *alio agens de alio audiendus non esset, nec ad aliud regressum haberet*: & quoniam actio alia ad interesse, vel ad æstimationem plus difficultatis videbatur habere, itaque expeditior via visa est, si actor continuo certum condiceret, etiam ex eo negotio, ex quo forte spe majoris lucri de incerto, veluti eo quod interest, agere poterat, à qua difficiliori & magis incerto actionis genere adeo alieni fuere veteris juris authores, ut etiam serio consuluerint ne non incertam obligationem faciendi, subjectâ certâ pœnæ stipulatione certam redderemus [d]; utque ubi certum quid promissum erat, simpliciter non agere permiserint, sed certum condici voluerint [e]. Unde non mirum est, si Prætor ex quacunque obligatione condictionem certi promiserit, compendio litis studens. Nam si verbi gratiâ actione empti quis velit agere ad interesse, petitio incerta est, neque Judici adeo certa formula præscribi potuit, sed relinquendum fuit arbitrio ejus *ex æquo & bono* vel *quod æquius melius* ceu in b. f. judicio judicandi. Quod si tamen actor certam pecuniæ summam forte minorem quidem, sed probatu faciliorem, condicere ex hâc causâ, quàm difficultatem probandi ejus quod interest subire malit, recte quoque certum illud ex hoc edicto petet dicens: *ajo Titi te mihi centum solidos ex empto dare oportere.* Hoc casu Prætor formulam condictionis certi non empti se daturum promittit, præscripturus: *Si paret Titium centum dare oportere Sempronius judex esto.* Atque sic ex omni obligatione ex quâ aliter agi poterat, certum condici potest: dummodo obliga-

a § 33. *Inst. de act.*

b *l. 6. ff. de Except. Rei jud.*

c *l. 9. ff. de Tribut. act.*

d § *ult. Inst. d. V. O. l. 71. l. 37. § pen. eod.*

e *pr. Inst. de V. O.*

tio & efficax, & præſens, & certum inde debitum ſit. Illa forte etiam eſt utilitas hujus edicti & extenſio condictionis certi, quod actio ex alio contractu non poſſit habere locum in negotio in quo non exactè apparet forma ejus contractus, ſic ex mutuo non poteſt dari condictio certi, niſi appareat forma mutui: ex ſtipulatu, niſi appareat forma ſtipulationis. At cum hoc loco Prætor cujuſcunque certi crediti nomine condictionem pollicetur, liberalior videtur. Unde quoque ſub hoc titulo videmus condictionem hanc dari etſi alicujus contractus certa forma non adſit, vel & etſi ἀνόμαλον aut inſolitum, imò etſi nullum negotium inter debitorem & creditorem geſtum ſit, quorum Vlpianus varias ſpecies longâ ſerie hoc eodem loco adfert, ex quibus ſecundum communem rationem & formam contractuum actio quidem dari non poterat, vi tamen hujus edicti condictio certi competit [a]. Et Celſus ait condictionem hanc mihi adverſus te competere *etſi nullum negotium mecum contraxeris ob hoc ſolum, quod pecunia mea ad te pervenit eamque mihi à te reddi bonum & æquum eſt.*

§ 8. Ex quibus tandem concludere licet, condictionem certi nihil aliud eſſe, quàm actionem perſonalem. (Actionum enim in perſonam generale & proprium nomen eſt condictio [b]) quâ certum petitur, ex omni cauſâ ex qua certum quid debetur, ſive ex qua quis efficaciter, ad certum debitum obligari poteſt, ſive contractus ſit, ſive delictum, ſive aliud negotium. Nulla vero eſt condictio certi, niſi adſit ſpecialis obligatio ejuſque cauſa veluti mutuum, ſtipulatio, damnum injuria datum, furtum aliudve negotium, ex quo certum peti poteſt. Quin ergò neceſſario etiam conſequitur, condictionem certi generalem, conſideratam abſque ſpeciali cauſa obligationis, nudum nomen & revera nullam eſſe, ſed ſaltem ut genus in intellectu conſiſtere. Quid? ne nomen quidem ipſum ſcilicet *condictio certi generalis* ullo juris loco legitur. Quoties autem condictio certi ex ſpeciali obligatione ex qua alterius nominis actio, veluti empti datur, non aliam eſſe hanc actionem, quàm quæ ex ipſa obligatione naſcitur; qua, cum aliàs forte incertum peti poſſit, nunc certum petitur, quæque quantum ad formulam & effectum agendi nonnihil mutatur, ut certior & expeditior fiat. Ipſa autem certi condictio, quæ etiam condictitia actio [c] dicitur, unâ eâdemque formulâ proponitur, ſive ex mutuo, ſive aliunde agatur:

a *d. l. 9. § 5. 6. 7. & ſeqq.*

b *§ 14. Inſt. de act.*

c *§ 1. Inſt. quib. mod. re contr. obl. l. 24. de Reb. Cred. l. 7. ff. de Cond. furt.*

agatur: factâ tantum alterius causæ mentione ut satis innuit Justinianus quando ait *ei (qui indebitum solutum accepit,) perinde condici potest, si paret eum dare oportere, ac si mutuum accepisset*[a]. Quod Gajus JCtus sic exprimit: *Eadem actione tenetur qua debitores creditoribus*[b]. Ex stipulatu quoque uti una nascitur obligatio ad præstandum promissum, ita una condictio ex stipulatione, quæ si certa sit, vocatur condictio certi, si incerta, simpliciter actio ex stipulatu, quæ nequaquam sunt diversæ species. Utraque enim ex eâdem causâ nascitur: utraque ad præstandum quod promissum competit: formulâ tantum agendi & objecto differunt. Neque quicquam intercedit quo minus actionem quæ ex stipulatione certa datur, etiam voces actionem ex stipulatu, cum reverâ & actio, & ex stipulatu sit, quod nemo negat. Hæc cum ita se se habeant inepta fere videtur disputatio Doctorum de Condictione certi generali. Si enim illam opponas speciali, hoc est quæ vel ex mutuo, vel simili speciali causâ nascitur, Chimæra est: Si aliam, continuo erit specialis condictio, siquidem quæ ex obligatione mutui nascitur, non nascitur ex aliâ, & quæ ex furto aliisque causis specialibus datur, non est eadem quæ ex obligatione mutui oritur. Sicque alia specialis, ex singulis causis specialibus. Atque hâc ratione nulla remanet generalis.

§ 9. Unde primo constat errare omnes qui inter certi condictionem generalem & specialem distinguunt tanquam inter species actionum sibi invicem oppositarum: Secundo, gravius errare Bartolum aliosque, qui inter utramque hanc statuunt differentiam, quod in condictione certi speciali ex mutuo & stipulatu necesse sit certi petitioni adjicere causam mutui aut stipulationis, in generali vero sufficiat sine causa certum petere, quod sane alienissimum à jure est: cum in omni actione pernecessarium sit causam petendi exprimere, cumque teste Severo & Antonino[c], *ea speciem futuræ litis demonstrare* debeat, ut reus inde intelligat, an cedere an contendere velit[d]. Tertio quoque hinc liquet parum subtiliter à veteribus recentioribusque disputari de concursu condictionis certi cum actione furtiva & aliis, cum hæc condictio certi non sit alia species, sed ipsa cum qua concurrere dicitur: cumque ex omni obligatione ex qua certum peti potest competat. Quarto etiam Antonii Fabri aliorumque ex hisce manifestus fit error putantium, condictionem certi

a d. § 1. Inst. quib. mod. re contr. obl.
b l. 5. § 3. ff. d. O. & A.
c l. 3. C. de edend.
d auth. offeratur C. de litis contest.

 gene-

generalem tum demum competere ex cæteris causis, ex quibus sua constant judicia, cum hæc deficiunt. Quinto quoque hinc convincitur lapsus Bartoli, Jasonis, Alciati aliorumque docentium condictione certi si ex lege Aquiliâ agatur duplum peti non posse propter inficiationem rei. Si enim duplum illud ad certam summam redigatur cur hoc certum non condiceret actor. At inquias si certum petatur damni injuria dati nomine, hæc ipsa lis non poterit crescere inficiando ut Judex plus adjudicet quã ab initio petitũ est; & quod lex speciatim actioni ex L. Aquilia tribuit, ad aliam minimè trahendum. Imo verò hæc actio non est verè alia. Et cum certum petitur damni dati nomine, ipsa condictio instituitur quæ nascitur ex obligatione quam Lex Aquilia firmavit. Sexto etiam hinc intelligitur frustra, imò perperam vulgo DD. necessitatem & utilitatem condictionis certi generalis in eo statuere, quod hæc non infamet si instituatur loco actionis alias famosæ. Etsi enim Ulpianus quidem expressè pronunciet: *Cessare ignominiam in condictionibus quamvis ex famosis causis pendeant* [a]. Id tamen communiter rectè restringunt ad certas condictiones, veluti furtivam, rerum amotarum, ex lege & similes. Ad omnes actiones personales quas infamare jus nominatim confirmat hoc extendit nemo. Fac nunc actorem de dolo depositarii, mandatarii, socii agere, ex eâque obligatione certum petere & reum condemnari, annon hic fiet infamis cum illa sit vis hujus obligationis ut infamet, neque ex aliâ certũ petitum sit aut peti potuerit. Fac ex causâ furti manifesti actorem cui decem aurei ablati sunt, quadraginta, hoc est certũ condicere, an vel nomen condictionis, vel formula agendi tollet vim obligationi ex probroso delicto ex eoq; institutę actioni? Neq; enim hęc certi condictio alia est actio quam quæ nascitur ex ipso furti delicto ad persequendam certam debitamque pœnam, quam infamia semper comitatur. Cum ergò condictio illa certi generalis nulla sit aut saltem in intellectu consistat, dictum Ulpiani quod condictiones haud infament ad eam nulla ratione pertinere potest, maximè cum JCtus eo loco quo hoc scripsit, de ordine judiciario & nominatim de ordine cognitionum si duæ actiones, scilicet famosa & pecuniaria simul concurrant & quæ prius expediri debeat, tractet definiatque graviorem actionem ante minorem, famosam ante pecuniariam expediendam, adeoque actionem furti ante condictionem

furti-

a l. 36 ff. d. O. & A.

furtivam: id quod plura alia juris nostri loca ex eodem libro secundo ad Edictum desumpta evincunt [a]. Unde consequitur condictiones hoc loco Ulpiani intelligi, non quæ in intellectu, sed quæ re vera subsistunt & cum aliis actionibus famosis concurrere possunt, cum ipsæ famosæ non sint. Septimo quoque colligitur hinc labi Antonium Fabrum [b], forte vitiosi exemplaris authoritate seductum, cum in libris institutionum observat ex mutuo non nasci *condictionem certi* sed *condictionem* simpliciter, ne excludatur triticaria ubi triticum & vinum petitur. Repugnat fide dignissima & receptissima lectio. Repugnat analogia juris atque hoc Edictum Prætoris, hic locus Ulpiani. Denique hinc palam fit octavò gravissimè errare Glossam, Bartolum & vulgum DD. opinantium condictionem certi etiam dari ad consequendum id quod interest, quæ sententia & ante jactis à nobis juris fundamentis & plurimis aliis manifestissimis juris locis [c] plane jugulatur. Et Ulpianus quidem expressè dicit *incerti agendum esse in id quod interest* [d]. Imperatores quoq; condemnationem in id quod interest *ad incerta actionis effectum* referunt [e]. Nil quicquam hisce officiunt quas vulgo opponunt rationes numero plærumque quatuor, sed vi & pondere nullæ, olim à Jasone, Fabro, Bachovio [f], aliis explosæ, nec non per ea quæ modo diximus perque ipsam naturam condictionis certi satis confutatæ, neque excutiendæ nunc nobis quos jam piget nugas & commenta DD. hac in re diutius persequi. Satis ergò pro instituto explicata prima difficultas quæ est de condictione certi ex omni causa hujus loci.

a *l.104 ibique Iac.Goth ff. de R.I.l.1.ff.de sepulch. violat.*

b *decad 83. error.3.*

c *l.8 l.118.§. decem.ff.d.V.O*

d *l ult.ff. de in jus voc.*

e *l.3 in fin. Cod. de inutil. stip.*

f *de act. d. disp.4. thes.10. lit 6.*

§ 10. Superest secunda, quomodo *ex contractu incerto, certi condictionem competere* intelligat Ulpianus? Et heic ferme quot capita tot sensus. Post Accursium & alios, Cujacius [g] per *incertum contractum* intelligit contractus innominatos ex quibus nascitur actio præscriptis verbis ad interesse, quod incertum est. Donellus [h], Duarenus [i], Baro [k], aliique intelligunt contractum incertum *ab initio*, sed qui *postea* certus factus sit: uti si quis stipulatus sit fructus fundi. Balduinus [l] incertum dicit, in quo in arbitrio actoris est variare petitionem, ut si quis factum stipulatus pœnæ stipulationem subjungat. Alii à re in contractum deducta contractum certum vel incertum dicunt ex Gajo [m] & Ulpiano [n] qui dicunt: *Stipulationum quædam certæ sunt, quædam incertæ, certum est quod ex ipsa*

g *ad l.74.ff.d. V.O.*

h *ad d. l.9.ff. de Reb. Cred.*

i *ad l 75. d. V. O.*

k *ad pr. Inst. quib. mod. re contr.*

l *ad pr. Inst. d. V.O.*

m *l 74. d V.O.*

n *l.75. eod.*

pro-

pronunciatione apparet quid quale quantumque sit. Ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus, homo Stichus, Tritici Africi optimi modii centum, vini Campani optimi camphora centum Ubi autem non apparet quid quale quantumque est in stipulatione incertam esse stipulationem dicendum est. Bachovius [a] qui omnes superiores relatas sententias confutare, & solus hic cornicum oculos configere conatur, incertum contractum putat esse Vlpiano, in quo *multa variaque* res veniunt, quale est mandatum *generale*, societas universorum bonorum, diffusa tutela aut negotiorum gestio, ex quibus judicia vocantur generalia, quæ eadem putat esse cum incertis, cum genus soleat incertum dici. Nobis quidẽ videtur omnibus illis fere modis dici posse contractũ incertum, & ex omnibus illis contractibus certum peti, cum illud ex omni omnino causa fieri posse testetur Vlpianus. Itaque juxta ea quæ dicit Vlpianus de omni causa, nec non juxta exempla subjecta, sive contractus sit incertus, quod ex eo alias communiter solet agi ad interesse uti contingit in nec nominatis, sive contractus sit incertus ratione rei in contractum deductæ, de qua non constat quæ, qualis & quanta sit, sive contractus sit incertus ob concursum plurium negotiorum, forte mutui & stipulationis, quod negotium re & verbis simul iniri dicit Vlpianus [b]; sive contractus sit incertus, quod de certâ ejus formâ vel dubitatur, vel prorsus constare non potest, qualia exempla etiam plura subjecta sunt [c]: Sive denique alia ratione incertus sit, si tamen actor sine metu plus minusve petitionis certum inde petere velit & deberi sibi probare possit, condictio certi non negabitur, ex hoc edicto Prætoris, ex omni causâ, ex omni obligatione, ex omni contractu, ex causâ legati, ex lege Aquilia, ex causâ furtiva, ex Senatusconsulto Trebelliano, ex aliis actionem illam promittentis, Vlpiano interprete.

a *de act. d. l. & potissimum in Notis pag. 570.*

b *d. l. 9. § 4.*

c *d. l. 9. § 5. & seqq. l. 10. & seq. l. 32. ff. d. R. C.*

§ 11. Ex hisce jam liquet exiguum aut nullum esse scrupulum in quæstione cur & quo sensu JCtus faciat mentionem contractus qui re & verbis conjunctim initur. Non enim loquitur de unâ certâque contractus specie, quæ ad divisionem contractuum referri possit aut debeat, sed de negotio quod duas distinctas species contractuum quidem, quo ad externam figuram continet, ex quo tamen an actio competat dubitari poterat, & condictionem certi competere pronunciat quod ipse JCtus sic explicat: *Numeravi tibi decem*

decem & hæc alii ſtipulatus ſum. Nulla eſt ſtipulatio an condicere decem per hanc actionem poſſim, quaſi duobus contractibus intervenientibus: uno qui re factus eſt id eſt numeratione, (mutuo) *alio, qui verbis* (ſtipulatione) *id eſt inutiliter:* quoniam alii *ſtipulari non potui* [a] *& puto poſſe* ſcilicet decem certi condictione peti.

§ 12. Sed è diverticulo, in quod nos adduxit præſentis inſtituti ratio & diligentior cura inveſtigandæ cauſæ actionum in perſonam, tandem in viam & ad primam ſpeciem contractuum qui re ineuntur, mutuum puta, redeamus; ſatis jam conſtat hunc non minus contractum eſſe quam ſunt alii, neque minus nominatum eſſe, minuſve certam actionem producere. Formam hujus contractus diximus in eo conſiſtere, ut hic res fungibilis eâ lege alteri detur ut alia ejuſdem generis & qualitatis, Creditori reſtituatur. Hoc enim proprium eſt huic negotio [b], eoque ab aliis omnibus ſatis diſtinguitur, quod Paulus bene declarat dicens [c], *mutuum damus recepturi non eandem ſpeciem quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depoſitum) ſed idem genus. Nam ſi aliud genus veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum. Mutui datio conſiſtit in his rebus, quæ pondere numero menſurâ conſiſtunt, quoniam eorum datione poſſumus in creditum ire* (hoc eſt mutuum contrahere ut vulgo putant. Hæc enim ſæpe pro uno eodemque habentur [d]. Sed hoc loco in creditum ire ſignificat omne negotiũ ex quo aliud pro alio ejuſdẽ generis Creditori ſolvi poteſt, quod & ſubjecta ratio in fine hujus loci docet & ratio evitandi abſurdi, alias enim JC. hic idẽ per idẽ, probaret) *quia in genere ſuo functionem recipiunt per ſolutionem* (unde fungibiles dicuntur alia re quæ ſolvenda eſt, fungente vice ejus quæ credita eſt) *quam ſpecie*(Conſtructio & loquendi ratio hic duriuſcula; ſententia tamen JCti haud obſcura eſt. Innuit enim in mutuo communiter aliud pro alio ejuſdem generis communius ſolvi, quam ſpeciem eandem creditam reddi, quod quidem etiam aliquando contingere ſicque Creditori ſatisfieri poteſt, forte ſi quis corpora eadem nummorum vel idem dolium vini quod mutuo rogavit erogare neceſſe non habuerit, idque ipſum reddiderit: ſed hoc rarius & quaſi præter naturam mutui fieri JCtus putat, cum nemo facile mutuum accipiat niſi qui rem acceptam vel conſumere, vel alienare neceſſe habeat. Et ne quis putet ideo mutuum non ſatis diſtingui à commodato, depoſito aliiſque negotiis, in quibus eadem ſpecies reddenda eſt, ratio-

a *l. 3. C. de Contr. ſtip. §. 4. & 19. Inſt. de inut. ſtip.*

b *l. 2. §. 1. & 3. ff. de Reb. Cred. l. 1. § 1. & ſeqq. C. d. O. & A.*

c *l. 2. ff. de Reb. Cred.*

d *l. 19. §. 5. in fin. ff. ad SC. Vellej. l. 1. § 2. ff. ad SC. Mac. l. 6. § 6. ff. mandat.*

rationem subjicit hanc:) *Nam in cæteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest.* In mutuo potest. Equidem in permutatione aliisque contractibus innominatis aliud pro alio quoque datur, sed differentia in eo est, quod res illæ non recipiant functionem in suo genere, sed reddi etiam possint diversissimi generis.

§ 13. Sic omni dubio & difficultate caret in mutuo aliud dari & aliud, sed tamen tantundem, & ejusdem generis, & qualitatis, reddi. An vero res ipsa per veram traditionem ex causa mutui à creditore in debitorem necessario transferenda sit, an sufficiat pecuniam quocunque modo & fictâ traditione ad debitorem pervenire, & num pacto transformetur alius contractus in mutuum, & olim & nunc gravissimè controversum fuit. Sane mutuum est quod ex meo tuum fit. Unde consequitur quod meum non est, neque à me ita tibi traditur, ut hinc tuum fieri possit, id propriè mutuum non esse. Sed tamen Ulpianus docet non tam modum & formam agendi, quam effectum & utilitatem rei quandoque spectari, atque inde singularia quædam in mutuo recepta esse. Verba JCti hæc sunt [a]: *Singularia quadam recepta sunt circa pecuniam creditam. Nam si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. quod igitur in duabus personis recipitur, hoc & in eadem persona recipiendum est, ut cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, & convenerit ut crediti nomine eam retineas videatur mihi data pecunia & à me ad te profecta.* Ita est. Corpora illa nummorum quæ mihi à debitore meo tradita non sunt, non possunt dici mea, cum dominium sine traditione non acquiratur. Ergò & illa corpora quæ debitor meo jussu tibi numeravit & tradidit non sunt mea, cum non sint mihi tradita. Et quamvis traditio quæ meo jussu tibi facta est, posset censeri mea, cum per te accepisse videar, tamen hoc casu obstat animus tradentis & accipientis. Neque enim in eum finem traduntur accipiunturve ut mea sed ut tua fiant. Ergò non sunt mea. Si non sunt mea, non ex meis fiunt tua adeoque propriè nec mutua. Sed tamen quod ad effectum attinet, res eodem recidit, sive debitor meus mihi tradat & ego post tibi, sive immediatè tibi. Neque enim debitor meus eo minus solvit, neque tu minus accipis, neque ego hinc minus juris accipio. Itaque facile hic admittitur fictio traditionis brevi manu factæ. Hæc cum in duabus personis admit-

[a] l. 15. ff. de Reb. Cred.

admittatur, ſcilicet in debitore qui meo juſſu tibi ſolvit & te, cur non etiam admitteretur in unâ perſonâ, ſcilicet in te ſolo, cum ſcilicet mihi ex cauſa mandati pecuniam debeas, & convenerit ut illam tanquam mutuam retineas. Etſi enim neque illa pecunia antequam abs te mihi tradatur non ſit mea, adeoque nec ex mea poſſit fieri tua, quod proprium eſt mutui, tamen quia nihil intereſt quo ad effectum, ſive tu eam mihi ex cauſâ ſolutionis tradas, & ego traditam ex cauſa mutui tibi reddam, ſive tu eam retineas quaſi traditam & redditam, facile hic ficta traditio compendii cauſâ admittitur. Nimis ſupervacuum etenim & à gravitate JCtorum & legiſlatorum alienum videtur, traditionem exigere nugatoriam, & ſine omni effectu, & quæ utilitatis nihil, incommodi plurimum poſſit habere, quæque nihil ad obligationem vel actionem faciat, ſiquidem condictio certi etiam datur etſi ſine certâ mutui aut contractus formâ mea pecunia ad te pervenerit, & novatio obligationum non adeo alias difficilis ſit, ſi nominatim velint contrahentes novare. Nihil ergò in hoc reſponſo eſt quod non ſit dignum Ulpiano Juriſconſulto & gravi, & ejus ſæculi, quo jam imaginariæ veterum venditiones aliique negotiorum nugatorii anfractus obſoleverant. Quare hoc jus etiam non uno loco ab Ulpiano aſſertum. Nam alio quoque loco ejuſdem libri primi trigeſimi ad edictum, ex quo hic locus deſumptus ſic ait [a]: *Rogaſti me ut tibi nummos mutuo darem, ego cum non haberem dedi tibi rem vendendam ut pretio utereris: Si non vendidiſti, aut vendidiſti quidem, pecuniam autem non accepiſti mutuam, tutius eſt ita agere ut Labeo ait præſcriptis verbis.* Ergò ſi facta ſit venditio & pecunia inde ut mutua accepta, mutua erit, etſi dominium ejus nunquam ad creditorem pervenerit nec verè debitori tradita ſit, ſi modo brevi manu pecunia ad debitorem pervenerit ab eoque ut mutua retenta ſit. Idem Ulpianus hoc libro ſexto vigeſimo ad edictum quoque inculcat (Rectius enim Ulpiano hoc tribuit codex Florentinus & Cujacius [b] quam Paulo libri vulgati) ubi ſic ait [c]: *Rogaſti me ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi, vel maſſam auri ut eam venderes & nummis utereris: Si vendideris puto mutuam pecuniam factam.* (Scilicet traditione brevi manu hic iterum fictâ, dummodo res non tantum vendita, ſed & pecunia inde mutuo accepta ſit uti modo dictum: de eo enim nullum eſt dubium. Illud vero quæritur cujus ſit periculum ſi pecunia non accepta ſit &

a l.19.ff. de præſcript. Verb.

b ad Afr. d. l.34.ff. Mand.

c l.11.ff. de Reb. cred.

res antequam venderetur perierit? de quo sic respondet:) *Quod si lancem vel massam sine tua culpa perdideris priusquam venderes, utrum mihi an tibi perierit quæstionis est. Mihi videtur Nervæ distinctio verissima, existimantis multum interesse venalem habui hanc lancem vel massam nec ne, ut si venalem habui mihi perierit: quemadmodum si alii dedissem vendendam, quod si non fui proposito hoc ut venderem, sed hæc causa fuit vendendi ut tu utereris, tibi eam periisse, & maximè si sine usuris credidi.* Ergò non tantum brevi manu pecunia ex massâ venditâ percepta videtur Domino tradita, & ab eo mutui causâ debitori reddita, sed etiam massâ jam traditâ in gratiam debitoris ex pretio ejus mutuam pecuniam habituri, ipsa pecunia (quod quidem ad periculum attinet) habetur pro traditâ; procul dubio, quia haud magis conqueri potest debitor de rei periculo quam de pretii, quodque parum interest sive pecuniâ careat ideo quod massam ex quâ redigenda erat, non habet, sive ideo, quod pecuniam redactam amisit. Quin etiam in creditore æquitatis eadem ratio militat, sive ut gratificaretur amico mutuum roganti massa sua pro quâ mille aureos consequi poterat traditâ, sive venditâ massâ & ipsis mille aureis traditis careat. Unde ipsa ratio æquitatis exigere videtur, ut quo casu Creditor non minus tradidit nec debitor minus accepit quam in mutuo tradi accipique solet, creditor quoque periculi nomine non minus securus, nec debitor minus obligatus sit quam assolet fieri in mutuo, ex quo periculum est debitoris, maximè ut ait JCtus, si Creditor non tantum massam suâ causâ non vendidit, sed nec usuras quidem à debitore stipulatus est, & totum hoc negotium ut amico roganti mutuum gratificaretur contraxit: quæ certè sententia est Ulpiani. Unde Bartolus & plerique omnes rectè notantur ab Alciato[a] qui somniant debitoris tum demum periculum hoc loco esse, si culpâ ejus aliquâ, saltem levissimâ hæc massa perierit, secus si casu fortuito, cum ne commodatarius, cujus solius gratiâ contractum est, de casu fortuito teneatur. Sed longum aberrant à scopo & fundamento, imo & à verbis Ulpiani. Ille enim dum dicit debitorem periculum præstare, satis indigitat de casu non de culpâ se sentire, cum periculum qui præstat casum præstare necesse habeat. Frustra etiam sic distingueret an debitoris an creditoris causâ venditio facienda fuerit: Frustra ab usuris non petitis argumentaretur. Frustra hanc quæstionem de traditione brevi manu quæ hic fit & mutuũ susti-

[a] ad d. l. 11. ff. de Reb. Cred.

ſuſtinet, moveret: Et ſane etſi hic quidem mutuum perfectum non ſit, ſed ut loquitur Alciatus antegreſsio mutui, hoc ipſum tamen negotium mutuo quam commodato ſimilius, imo quantum ad animum contrahentium, obligationem aliaque ex quibus periculi præſtatio æſtimanda eſt diverſiſsimum à commodato: at idem fere quod mutuum. In commodato enim hoc agitur, ut creditor Dominus maneat & debitor eandem rem in ſpecie reſtituat, ubi rectè res perit ſuo Domino. At in præſenti negotio hoc agitur ut Creditor dominus eſſe deſinat, & aliud reſtituatur; Jamque creditor animum dominii depoſuit; Hoc ſolum intereſt, quod actum ſit non ut debitor ſed tertius Dominus maſſæ fieri debuerit, quo creditor pretii Dominus fieret. Ergò quantum ad formam modumque mutui, intereſt quidem an debitor Dominus maſſæ factus ſit an alius, ſed quantum ad rationem æquitatis juxta quam damnum ex interitu rei creditori ferendum ſit, nihil intereſt, an dominium maſſæ, debitoris an propter debitorem alterius eſſe debuerit, imprimis, cum nec creditor animum repetendi nec debitor reſtituendi habuerit. Sic Vlpianus judicavit. An autem idem viſum ſit Africano qui multos ante Vlpianum annos vixit valde dubitatur ob ſequens ejus reſponſum [a]: *Qui negotia Lucii Titii procurabat, is cum à debitoribus ejus pecuniam exegiſſet, epiſtolam ad eum miſit quâ ſignificaret, certam ſummam ex adminiſtratione apud ſe eſſe eamque creditam ſibi, ſe debiturum cum uſuris ſemiſsibus: quæſitum eſt an ex ea cauſa credita pecunia peti poßit, & an uſura peti poſsint. Reſpondit* (ſcilicet Julianus: Nam Africanus Iulianum conſulere ſolitus quoties ait reſpondit, dixit, putat, nec authorem deſignat, Iulianum reſpondiſſe dixiſſe putare intelligit [b]) *non creditam.* (Negat ergò mutuum eſſe ejuſque negationis hanc rationem ſubjicit) *alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri poſſe* (Nunc removet primam objectionem) *Nec huic ſimile eſſe, quod ſi pecuniam apud te depoſitam convenerit ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc nummi qui mei erant, tui fiunt* (ſic arguit ICtus.) Etſi pactione ex depoſito poſſit mutuum fieri tamen ſupradicto caſu ex mandato ſic non poteſt fieri mutuum. In depoſito enim ſum dominus depoſiti & ex meo poſſum facere tuum, ſed quod ex mandato mihi debes, ejus non ſum Dominus. Ergò hoc ex meo non poſſum facere tuum atque ita nec mutuum. ſequentibus alteram objectionem removet) *Item quod ſi à debitore meo juſſero te accipere pecuniam,*

[a] *l. 34. ff. mandati*

[b] *Cujac. tr. ad African. 1. pr.*

niam, credita fiat; id enim benignè receptum est. Sic arguit ICtus: Etsi quoque credita tibi intelligitur pecunia quam à debitore meo me jubente accepisti, quamque ex meâ non feci tuam, tamen inde non sequitur ex mandato pactione fieri mutuum, quia id non ex naturâ mutui, sed benigna & singulari receptione fit, quod non est extendendum ad casus alios. Sic refutatis duobus argumentis à simili, JCtus alio argumento à simili suam sententiam probat:) *His argumentum esse, eum qui cum mutuam pecuniam dare vellet argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum: & tamen pecuniam ex argento redactam periculo ejus fore qui accepisset argentum.* (Sic argumentatur. Si ne is quidem qui argentum suum dedit alteri vendendum, ut pecunia inde redacta credita sit, etsi dans dominus argenti, & pecunia inde accepta sit, tamen mutuum non contrahit, sed pacto illo hoc tantum efficit ut pecunia periculo accipientis sit: certè pactio in casu proposito ubi creditor nihil dedit quod suum erat, plus operari non potest. Unde tandem concludit JCtus:) *Et in proposito igitur dicendum actione mandati obligatum fore procuratorem* (hoc est causam mandati non esse novatam nec in mutuum versam) *Ut quamvis ipsius periculo nummi fuerint* ergò pactum nonnihil alteravit naturam mandati non prorsus in mutuum mutavit) *tamen usuras de quibus convenerit praestare debeat* (Hottomannus [a] legit *non debeat*: Recte eo nomine reprehensus à Cujacio [b]. Hoc enim vult JCtus dicere: etsi pactum suffecerit ut cum reverâ pecunia mutua non sit, periculum tamen instar mutui ad debitorem redundet, unde porro consequi videri posset pecuniam hanc quasi mutuam gratuitam quoque debere esse, attamen hoc quoque operatur pactum, ut usuræ promissæ præstandæ sint, tanquam ex mandato & bonæ fidei judicio. Fulgosius, Molinæus, Cujacius [c], Hottomannus, Corasius, Costalius, Arumæus, Wissenbachius aliique putant nullam esse rationem componendi dissidii hujus inter Africanum & Ulpianum. Illum juris religiosiorem noluisse recedere à naturâ mutui, nec quod singulariter uno vel alio casu in credito receptū erat, extendere ad casus alios: Hunc verò voluisse non tam strictum jus, quam quod benignius videbatur, quodque eandem vel similem rationem habebat cum eo, quod jam ante benignè receptum erat, etsi ipsum nondum receptum fuisset, tamen recipiendum esse. Itaque Ulpianum & Africanum quidem in eo convenire, quod nuda pactio proprium

a 1 *Obs.* 14.
b *Cujac. ad d. l.* 34. *& Robert.* 1 *rec.* 12.
c *tr.* 8. *ad African.*

mutuum non faciat, sed in eo dissentire, quod Ulpianus id benignâ interpretatione pro mutuo recipiendum esse voluerit ob fictam brevi manu traditionem. Africanus autem huic fictioni nihil tribui voluerit. Alii interpretes tamen dissidium hoc aliâ atque aliâ ratione componere laborant. Aliter enim Accursius, aliter Bartolus, aliter Baldus, aliter Jason, aliter Curtius junior, aliter Alciatus, aliter Loriottus, aliter Donellus, aliter alii conciliant quorum omnium sententias refert & confutat Nicolaus de Passeribus [a] ipse modo dicens, nullâ probabili ratione hæc loca conciliari posse, modo dictum illud corrigens & Octaviani Piccnardi novam & pulcram conciliationem laudans. Sane de ejusmodi negotio omnium veterum JCtorum constantem fuisse sententiam vix quisquam affirmaverit, cui perspectum est, quam tunc incerta fuerint juris principia quæ quidem nunc certissima & vel novis Justinianis indubitata sunt, quod vel unicum exemplum frequentissimi contractus emptionis scilicet evincit. Ad hujus enim formam & naturam abcise requiri pretium in numerata pecunia, nulli hodie dubium. Et permutationem toto genere ab emptione differre omnibus notum est. Utrumque tamen ipsorum veterum coryphæi & Sectæ anti-Proculianæ capita Sabinus & Cassius ignorabant, aut negabant authoritate Poëtæ Græci. Vnde probabile non fit in negotio multo & obscuriore & à communi formâ mutui remotiore, non adeo consentire effectumve fictionis brevi manu communi calculo probare potuisse, vel saltem Juliani, quam Africanus refert ætate eam rem adeo planam & receptam fuisse, uti fuit tempore Vlpiani, qui ex postremis JCtis fuit. Sed tamen quicquid horum sit, non video contrarios hic Africanum & Vlpianum, quorum quamquam ille ætate hunc antecesserit, uterque tamen eundem Magistrum audivit Papinianum. Video enim JCtos in eo convenire naturale hic non esse mutuum quod fictâ traditione brevi manu perficitur: quod Africanus ex sententiâ Juliani apertius negat, & Ulpianus non dissimulat cum dicit *receptum esse ut singulare.* At inquit Cujacius sic conveniunt quidem in primo casu, ab Vlpiano proposito *Si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam.* At non conveniunt in secundo casu *Si ex causâ mandati pecuniam debeas mihi & convenerit ut crediti nomine eam retineas.* Nã in hoc ob eandem rationem idem recipiendum quod in primo ait Ulpianus: negat Africanus. Imo quod Ulpianus ait Africanus non negat.

a tr. de Conciliat. leg. pag. 205. & seq.

Multum

Multum enim differunt conclusio Vlpiani & Africani. Vlpianus enim loquitur simpliciter, Africanus secundum quid. Vlpianus de casu quo expresse convenerit, ut obligatio mandati novetur & transmutetur in causam mutui. Africanus de speciali casu, quo debitor ex causâ mandati epistolâ absenti significavit se ex causâ mandati tantum nunc debere atque id debiturum ex causâ mutui in posterum, cum usuris semissibus. Hoc ait non esse simplex mutuum, ex quo usuræ peti non possint aut debeant, aut ex quo actione stricti juris agendũ sit. Neq; enim constat aut præsupponi potest Creditorem, ad quem epistola data est, novandi animum habuisse, aut ampliorem & utiliorem obligationem in strictiorem & deteriorem mutare voluisse. Itaque concludit Africanus cum Juliano Creditorem ad quem epistola data est, voluisse omnem utilitatem retinere quam potuit capere ex causa antiquâ, ex mandato, negotio, scilicet bonæ fidei, unde est actio mandati: & tamen etiam noluisse aspernari utilitatem quam offerebat debitor ex novo negotio scilicet mutuo quo fit, ut pecunia debita sit periculo debitoris & ut usuræ semisses ex pacto novo promissæ præstentur. Atque hoc est quod ait Imperator [a]: *Hoc quidem inter veteres constabat tunc fieri novationem cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat hoc autem dubium erat quando novandi animo videretur hoc fieri.* Atqui hoc casu Africani nullum erat dubium quin creditor novandi animum non habuerit. Ergò juxta jus commune quod idem Imperator confirmat: & *manere pristinam obligationem & secundam ei accedere oportet.* quomodo Africanus etiam causæ mandati veteri utilitatem novi pacti de pecuniâ creditâ accedere pronunciat, de quo Ulpianus ne verbum profert, imo non agit, tantum abest ut hoc neget. Sed simpliciter dicit, *pecuniam videri à me ad te profectam.* quod etiam fit in facto ab Africano proposito, tantumque ibi efficit pactum ut pecunia sit periculo mandatarii tanquam credita & tradita. Et quantum colligere licet ex serie legum quæ hunc locum Ulpiani antecedunt, egit JCtus isthic de casibus illis, quibus condictio certi competit ex omni certo incertoque contractu, & pronunciavit quamvis eo casu, quo nominatim convenit ut pecunia certa ex causâ mandati debita non amplius sit ex eâ causâ debita, sed credita: & quamvis illa obligatio mandati propter expressam conventionem jam sit mutata, neque tamen mutuum contractum deficiente traditione

[a] § 3. Inst. Quib. mod. toll. oblig.

ditione, adeoque licet prorsus incertum sit quid debitum quaque actione hoc peti possit, tamen condictionem certi hic habere locum. Neque dubito si Ulpianus quæsitus fuisset de periculo sortis & debito Usurarum, quin idem responsurus fuisset quod Africanus respondit, & quin Africanus de condictione certi idem responsurus fuisset quod respondit Ulpianus. Imò reverâ idem respondit, dum condictionem certi ex causa mandati ad certam sortem certasque usuras promissas dedit. At instant nonnulli. Huic repugnat ratio Africani, qui absurdum putat ex quolibet contractu nudâ pactione mutuam pecuniam fieri posse. Ita est: sed hoc absurdum non statuit Ulpianus. Dictum & Africani & Ulpiani secundum utriusque JCti propositum & argumentum intelligendum est & hoc, & quovis alio loco, quod nisi fiat, nihil non absurdi sequetur ex responsis Jurisprudentum, maximè ex ipsis regulis juris. Hoc ergò est quod vult Africanus, scilicet non quodlibet pactum, quale erat per epistolam illam contractum aliudque simile, ex quo non constat priorem obligationem novatam & extinctam voluisse paciscentes, obligationem illam veterem novare aut extinguere. Ulpianus vult condictionem certi tamen ex tali pacto institui posse, & cum pecunia apud debitorem sit, ex tali pacto, quantum ad effectum periculi & condictionis pro creditâ & traditâ brevi manu haberi, quamvis reverâ nec ex causâ mutui tradita, aut credita sit: in eumque finem utitur ratione, quod in duabus personis receptum est non posse repudiari in una. Utriusque JCti ratio alterius rationi non magis contrariatur, quam utriusque proposita quæstio & decisio alterius quæstioni & decisioni. Sed satis de Obligatione ex mutuo sequitur Commodatum.

PARS XIV.

De Commodato.

§ 1. Commodatum quot modis dicatur? Definitur ut contractus. Commodatum etiam propriè fit rerum immobilium & incorporalium. Non rei suæ sed bene alienæ. Forma Commodati consistit in certo usu. Quid juris commodatarius accipiat in re æstimatâ? Explicatur locus Pomponii. Differentia inter Commodatum & precarium. Ad formam quoque spectat ut commodatum sit gratuitum, aliàs incidit in locationem aut contractum nec nominatum. § 2. Duplex obligatio nascitur ex commodato, Principalis & minus principalis. Illa tenetur commodatarius. ad qua teneatur? quid de culpa, casu, dolo? Si res deterior fa-

cta sit an commodans eam recipere teneatur cum eo quod interest? Si una res pluribus commodata sit, quisque in solidum obligatur. § 3. Commodatarius tenetur potius servare rem commodatam quam propriam. An teneatur commodatarius de culpâ nuncii? Dist. §. 4. Obligatio minus principalis quâ tenetur commodans. §. 5. An commodatarius habeat jus compensationis? Aff. dummodo species non veniat in compensationem. De retentione minus dubii est. Difficultas ex l. ult. C. Commodat. Cujacius temere textum corrigit. alii alias responsiones adferunt. Praefertur Glossae sententia & confirmatur.

§. 1. Commodati verbum tum JCtis tum bonis authoribus homonymum est. Quandoque enim accipitur pro re utendâ datâ, quomodo JCtis *commodatum* dicitur accipi, reddi, [a] custodiri, amitti, possideri: quandoque pro concessione istius rei utendae, atque sic iterum vel latius & impropriè, quomodo commodare nihil aliud est quam commodis inservire, & quaelibet concessio ad alterius usum dicitur commodatum, etiam in mutuo, [b] in contractu nec nominato [c] & aliis: vel strictius & propriè, pro nominato contractu re inito, quomodo definiri potest: *Contractus quo res alicui ad certum usum gratis conceditur ut eadem finito usu restituatur.* Dicitur *contractus.* Est enim certè conventio quae suum nomen certum habet civilemq; obligationem inducit. Unde eos qui neque convenire, neque obligari possunt ut pupilli similesque, commodatum non rectè contrahere manifestum est [d]. Etsi autem Praetor de hâc conventione edictum proponat [e], Juri tamen non Praetorio sed Civili accepta ferenda erit, utpote ex hoc non illo descendens. Neque enim novum est si Praetor ejus rei quam lex dudum introduxerat, curam quoque se gerere proposito edicto testetur; Dicitur quo *res.* Non distinguimus cum Labeone inter rem mobilem & soli, sed etiam cum Cassio aliisque & rei soli & cum Viviano & aliis rei incorporalis, veluti habitationis ususfructus [g] aliusque servitutis [h] proprie commodatum dicimus. Rem autem suam nemo propriè commodato rogat [i]: alienam rectè commodare possumus, ita, ut & fur & praedo si commodaverint, commodati habeant actionē testibus Paulo, Marcello aliisque [k]. Res vero fungibiles quae usu consumuntur commodari non possunt nisi dicis vel pompae causâ [l]. Dicitur ad *certum usum.* Hoc enim spectat ad formam commodati ut eo ipso usus non indefinitus, sed certus rei commodatae concedatur, quem neque commodans, neque commodatarius excedere potest. Ille enim si ante

a l. 3. § 1. ff. h. l. 5. § 5. & passim.
b l. ult. C. de his qui ex publ. lib. 10. l. 1. C. Theod. quod juss. l. 9. §. ult. l. 10. 11. & passim. ff. de reb. cred.
c l. 17. §. 3. ff. de praescr. verb.
d l. 1. §. 2. l. 2. & 3. ff. Commod.
e l. 1. pr. ff. h.
f l. 1. § 1. ff. h. t. l. 17. pr. de praesc. Verb. l. 15. §. 4. ff. de Procur.
g l. 12. §. 2. ff. de Usuf.
h l. 8 §. 5. l. 15. §. 2.
i l. 15. ff depos.
k l. 15. l. 16. ff. Commod.
l l. 3. §. ult. l. 4 ff. Comm. l. 13. ff. de Reb. Cred.

ante uſum conventũ commodatum revocaverit, actione commodati contrariâ ad intereſſe tenetur[a]: hic, aliter utens etiam furti obligatur[b]. Cum enim ex voluntate commodantis commodatarius certum tantum habeat uſum, quicquid præter hunc ſibi ſumit invito Domino, contrectare videtur. In res tamen æſtimatas plus juris conſequitur. Æſtimatio enim facit ut ei tanquam emptori conditionali totam rem retinere liceat. *Æſtimatio* (ait Ulpianus) *periculum facit ejus qui ſuſcepit, aut igitur ipſam rem debebit incorruptam reddere, aut æſtimationem de quâ convenit*[c]. Unde idem alio loco commodatarium qui rem æſtimatam accepit, de periculo teneri reſpondet[d], eumque cum marito comparat[e]: & non malè colligit poſt alios Alciatus,[f] eo caſu & dominium & poſſeſſionem transferri in commodatarium, quod & in rebus depoſitis & locatis quandoque fit[g]. Alciatum reprehendit Bellonus[h] & ſequi recuſat communis interpretum ſchola, putans hoc genus negotii ad contractus nec nominatos referendum eſſe. Alii rem in pendenti eſſe judicant, & nunc commodatum, nunc nec nominatum contractum volunt, uti commodatarius vel rei æſtimationem, vel rem ipſam reſtituere elegerit. Sane ut ſub conditione, & ſi voluerit alteruter contrahentium, nunc hic, nunc alius intelligatur contractus celebratus, aliquando fieri plurima loca evincunt[i]. Ejusmodi vero caſibus dubiis & duobus veluti concurrentibus contractibus initium & cauſam ſpectari debere Ulpianus ex Labeone docet[k]: Quod ſi ergò ab initio de commodato egerint contrahentes, pactum tamen æſtimationis adjecerint, commodatum rectè dicitur uti Ulpianus diverſis illis modo nobis citatis locis confirmat. A quo etiam non videtur alienus locus Pomponii quem urget Alciatus. Is Pomponius ait[l]: *Si tibi ſcyphos dedi ut Inſulam mihi redderes commodati actio eſt, ſi ut pondere argenti redderes tantum quantum in illis eſſet, tantidem ponderis petitio eſt per actionem præſcriptis verbis.* Quin τὸ *dare* aliàs ſignificet dominium transferre, Juriſconſultorum dubitat nemo. Hoc loco tamen fere accipiunt pro *tradere*, quia vident commodato non dominium aut poſſeſſionem, ſed nudum uſum tantum transferri, quod uti quidem in communi commodato pro certâ regulâ admitti oportet, ita manifeſta exceptio eſt in eo commodato, quod æſtimato datum eſt. Neque enim id ſatis rectè metiemur ex regulis commodati in quo res incorrupta reſtituenda eſt. Et quæ ratio fuiſſet Pomponio vel pronunciandi

a *l. 17. §. 3. ff. h. t.*
b *§ 6. & 7. Inſt. de obl. quæ ex del. naſ.*
c *l. 1. in fin. ff. de æſtimat. act.*
d *l 5 §. 3. ff. Commod.*
e *l. 7. §. 5. in ff. de don. int. V. & V.*
f *ad l. 2. ff. de reb. Cred. & 2. paradox. 19.*
g *l. 31. ff. locat. l. 52. pr. de donat. int. V. & V.*
h *2. ſupput. 6.*
i *l. 9. 10. & ſeq. ff. de Reb. Cred.*
k *l. 8. pr. ff. Mandat.*
l *l. fin. ff. de præſcr. Verb.*

actionem commodati competere, vel expressam mentionem faciendi pacti de iisdem scyphis reddendis, vel *dandi* voce utendi, si non aliud quam commune commmodatum intellexisset, de quo nemo dubitabat quin & Actio commodati inde competeret, & res eadem inde reddenda esset, eique vox dandi proprie hàud conveniret. Cur diceret *si tibi scyphos dedi?* Cur non potius *si tibi scyphos commodavi*, aut saltem *si tibi scyphos utendos dedi?* Accedit quod nullam differentiam facit in datione scyphorum illâ, ex qua actio commodati, & illa, qua actio præscriptis verbis nascitur. Unius dationis meminit sed duplicis pacti, alterius quo eosdem schyphos, alterius quo aliud argentum reddi convenerat: atque ex hâc differentiâ diversitatem actionum arcessit. Cæterum ille *certus usus* ut forma commodati, distinguit hoc non tantum ab aliis contractibus nominatis, quibus vel dominium vel possessio vel nuda custodia vel aliud transfertur, sed & à precario, quod propriè contractus non est, commodato tamen simillimum [a], siquidem & hoc ipso usus rei conceditur, at non ita certus, ut concedens non quandocunque sibi libuerit rem repetere possit, etsi ante certū tempus se non repetiturum pactus esset [b]. Dicitur porro *gratis*. Omne enim commodatum debet esse gratuitum, quod ipsum ad formam quoque ejus spectat. Quod si merces intervenerit non commodatum sed locatio erit teste ipso Justiniano [c]: quod verum est, si merces consistat in numeratâ pecuniâ formæque locati conveniat, aliàs res illa incidet in contractum nec nominatum quod facit dictum illud Ulpiani [d]: *Si cum unum bovem haberem, & vicinus unum, placuerit inter nos ut per denos dies ego ei & ille mihi bovem commodaremus, ut opus facerent, & apud alterum bos periit, commodati non competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum verum præscriptis verbis agendum est.*

§ 2. Ex hisce haud difficulter colligitur, ex commmodato, quo usus certus conceditur, non unam nasci obligationem, & quidem aliam principalem, quâ is qui rem utendam accepit de restitutione obligatur, aliam minus principalem, quâ is qui usum certum concessit, accipienti obstringitur; Ex illâ nascitur actio commodati directa, ex hâc contraria. Principali ergò obligatione tenetur commodatarius, usu illo certo finito, vel etiam præterlapso tempore quod vel pacto expressum est, vel alias ad usum illum necessarium & sufficiens colligi potest, ipsam rem commodatam eâdem specie & bonitate

a *l. 1. in fin. ff. de precar.*

b *l. 12. pr. ff. de precar.*

c *§. 1. Inst. quib. mod. re contr. obl.*

d *l. 17. §. 3. ff. de Præsc. Verb.*

bonitate quâ accepit, restituere[a]. & quicquid in ea accessioneve ejus damni dolo aut culpa ejus datum est, resarcire[b]. Culpa autem hoc loco juxta communes regulas de culpâ (quas infra plenius tractabimus) & juxta id quod in commodato plærumque contingit, præstanda est levissima[c]. Frequentius enim utilitas ex concessione hâc ad accipientem seu commodatarium, rarius ad Commodantem & commodatarium, rarissimè ad solum commodantem pervenit. Si tamen eveniat ut solius commodantis causâ hoc negotium contrahatur, accipiens non nisi ex latâ culpa[d], si verò utriusque versetur utilitas, de levi tantum tenebitur[e]. Casum fortuitum autem & vim majorem præstat minimè[f]. Illud quidem expeditum est si res tota perierit, æstimationem præstare commodatarium[g]. At quæritur si deterior tantum facta sit, an commodans rem ipsam cum interesse sive cum tantâ pecuniâ quantâ id quod ejus depretiatum est æstimatur, recipere, an vero integram æstimationẽ præstare teneatur commodatarius. quam quæstionem ita definit Ulpianus; an: *Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, non videbitur reddita, quæ deterior facta redditur, nisi quod intereſt præſtetur. Propriè enim dicitur res non* reddita *quæ deterior redditur.* juxta hæc commodatarius certè liberari potest præstando id quod interest rem deteriorem factam esse, cum ipsa re deteriore: quod Doctores cum hoc plærumque temperamento admittunt, nisi multum deterior facta sit res. Sed etsi una res pluribus commodata sit, unus ex pluribus de tota re in solidum conveniri potest: quâ de quæstione sic quoque Ulpianus[h]: *si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul, Celsus filius scripsit lib 6. Digestorum quæri posse, utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur? & ait duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse, nec quenquam partis corporis Dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere, Usum autem balnei quidem vel porticus, vel campi uniuscujusque in solidum esse. Neque enim minus me uti quod & alius uteretur: Verum in vehiculo commodato vel locato, pro parte quidem effectu mensum habere, quia non omnia loca vehiculi teneam, sed esse verius ait & dolum & culpam & diligentiam & custodiam in totum me præstare debere: Quarę duo quodammodo rei habebuntur, etsi alter conventus præstiterit liberet alterũ.* Similiter responsũ est Marcelli de deposito, idẽq; imperatores constituunt in locato, quâ sententiam & usus fori comprobat[i], teste Carprovio. At cum his non bene videtur convenire

a §2. I. q. mod. re contr. obl. l. 5. pr. l. 17. §. 3. ff. Comm. l. 3. § 1. eod.
b l. 5. §. 2. 7. 8. 9. ff. eod.
c l. 5. §. 2. ff. Commod. l. 18. pr. eod. §. 2. Inst. q. mod. 2. c. obl.
d b. l. 5. §. 10. ff. eod.
e l. 18. pr. vers. at si utrius. ff. eod.
f d. l. 18. 19. ff. eod.
g l. 17. §. 5. ff. eod.
h l. 5. in fin. ff. Commodat.
i l. 2. tupr for. Const. 26. def. 14.

a l.21. §.1. ff. Commodat.

Africanus quando ait [a]: *in exercitu contubernalibus* (hoc est pluribus militibus ejusdem contubernii. Nam decem milites sub eodem papilione contubernium dici ex Vegetio observat Gothofredus) *vasa utenda communi periculo dedi, ac deinde meus servus surreptis his ad hostes profugit: & postea sine vasis receptus est. Habiturum me commodati actionem cum contubernalibus constat pro cujusque parte: sed & illi mecum furti servi nomine agere possunt: quando & noxa caput sequitur.* Ergò hoc casu non cum singulis in solidum, sed pro cujusque parte agitur, aliter atque superiora loca volebant. Quæ ratio differentiæ? Diversitas conventionis. Illa enim loca agunt de eo casu quo plures commodatarii singuli in solidum obligati, nec pacti sunt periculum commune fore: Hic autem Africani de eo, quo eâ lege vasa commodata sunt, ut periculum commune & non singulorum in solidum esset: quomodo post Glossam & Cujacium communis interpretum schola hunc nodum solvit.

b l. 5. §. 4. ff. Commodat.
c l.18. pr. eod.
d §. 2. Inst. quib. mod. re cont.
e C. 1. ext. de Depos.
f l. 61 §. quod vero ff. de furtis.
g ad d. l. 5 §. 4. ff. Comm.

§ 3. Adeo quoque principali hâc obligatione tenetur commodatarius, ut non liberetur si res incendio, ruina, naufragio similive casu, quo is suas res salvas reddere maluit quam commodatam, perierit. Casu enim Ulpianus illum non teneri ait: *nisi potuit res commodatas salvas facere, suas prætulit* [b]. Et Gajus dicit *eos tantum casus non præstare commodatarium, quibus resisti non potest.* [c]. Resistere autem quodammodo potest, cum suas res salvas reddit. Justinianus [d] vult *non sufficere eam diligentiam quam suis rebus adhibere solet.* Jus Canonicum quoque non agnoscit bonam fidem in eo qui suas res salvas habet amissis depositis [e]. Cujus rei ratio sine dubio in eo est, quod re alienâ gratis utatur, & quidem plerumque suo cum commodo, unde etiam de levissimâ culpâ tenetur, & commodans justissimè allegare potest, se non fuisse id damnum passurum, nisi rem suam commodasset [f]. Ex quo consequitur, temperamentum Glossæ, Bartoli & aliorum [g], quo putant commodatarium hoc casu non teneri si sua res pretiosior, commodata verò vilior sit, juris rationi parum convenire. Etsi enim pretium rei suæ commodatarium merito movere possit ut eam viliori præferat, efficere tamen non poterit ut commodanti minus restituat aut damnum ex rei vilioris interitu quem prohibere potuit, resarciat. Quod si autem superior ratio cesset, & negotii illius utilitas tam commodantis, quam commodatarii sit, ferendum est temperamentum illud. Sed quid si nuncii per quem remittitur

mittitur commodatum culpâ res periit, an tenebitur commodatarius? Non tenebitur si ipse commodans mandaverit per hunc nuncium rem remitti [a]. Tenebitur verò, ut ait Paulus, si commodatarius ipse *non tam idoneum hominem elegerit ut recte id perferri possit* [b]. Neque ergò etiam tenebitur si eum hominem elegerit, quem quisque idoneum judicaturus erat. Unde Julianus ait [c]: *Argentum commodatum si tam idoneo servo meo tradidissem ad te perferendum, ut non debuerit quis æstimare futurum, ut à quibusdam malis hominibus deciperetur, tum, non meum detrimentum erit, si id mali homines intercepissent.*

a l.10.§.fin. l.12.§.1.ff. Comm.
b l.11.ff. eod.
c l.20.ff. eod.

§ 4. Atque hæc est principalis obligatio ex commodato, ex quâ nascitur actio commodati directa. Minus principalis obligatio est, quâ ipse commodans tenetur actione contrariâ, si is vel contra datam fidem usum commodatæ rei non præstet, sed eam intempestive revocet, vel contra naturam hujus negotii, cum debeat prodesse amico, dolo aut culpâ illi nocuerit damnumve dederit, aut cum jacturâ ejus locupletari desideret, sive plus recipiendo, quam concessit commodatario, sive impensas lucrando. De intempestivâ revocatione sic eleganter Paulus [d]: *Sicut autem voluntatis & officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque præscribere ejus est qui beneficium tribuit: cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem præscribere & retro agere atque intempestivè usum commodatæ rei auferre, non officium tantum impedit, sed & suscepta obligatio inter dandum accipiendumque: geritur enim negotium invicem, & ideo invicem proposita sunt actiones ut appareat, quod principio beneficii & nudæ voluntatis fuerat, converti in mutuas præstationes actiosq; civiles.* De obligatione hâc ex damno, dolo aut culpa dato Africani hæc est sententia [e]. *Rem mihi commodasti, eandem subripuisti, deinde cum commodati ageres nec à te scirem esse subreptam, judex me condemnavit & solvi: postea comperi à te esse subreptam, quæsitum est quæ mihi tecum actio sit? Respondit furti quidem non esse, sed commodati contrarium judicium utile mihi fore.* Et rectè quidem. neque enim fidem conventionis quâ res ad certum usum conceditur implet, qui eandem rem ante usum clam amovet, aut si post amoveat, receptâ re commodatario dicam scribit quasi non recepisset, nec leve damnum infert. Sed cur furti actio negatur commodatario? an quod furtum rei alienæ, non propriæ est contrectatio? an quod commodatarii nihil interest, cum sit liberatus actione commodati? Posterius verius

d l.17.§.3.ff. eod.
e l.21.ff.§ eod.

rius est ex sententiâ Pauli. Sic enim ait hocque ipsum limitat: *Eum qui tibi commodaverit si eam rem subripiat, non teneri furti placuisse Pomponius scripsit, quoniam nihil tuâ interesset, utpote cum nec commodati tenearis. Ergo si ob aliquas impensas, quas in rem commodatam fecisti, retentionem ejus habueris, etiam cum ipso Domino, si eam subripiat habebis furti actionem, quia eo casu quasi pignoris loco ea res fuit* [a]. Sed etsi commodantis nullum sit delictum & res forte amissa postquam pretium ejus acceperat, in potestatem ejus pervenerit, ipse obligatus est ad rem vel pretium restituendum juxta illud Pauli: *Rem commodatam perdidi, & pro eâ pretium dedi, deinde res in potestate tuâ venit, Labeo ait contrario judicio aut rem mihi præstare te debere, aut quod à me accepisti reddere* [b]. Quod autem Labeo hic de contrario judicio ait, sic accipiendum, ut aliæ actiones veluti condictio sine causa, condictio indebiti & rei vindicatio non excludantur, ut rectè observat Glossa. Sed utrius erit electio inter rem & æstimationem? commodatarii [c]. De eo quoque dubium est nullum, quin commodans rem vitiosam, si illa isthoc vitio periit non tantum non repetere, sed & à commodatario damni ex vitio dati nomine conveniri possit: Ad priorem casum spectat dictum Pomponii [d]: *Si commodavi tibi equū quo uteréris usque ad certum locum, si nullâ culpa tua interveniente in ipso itinere deterior equus factus sit, non teneris commodati, nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodavi qui eum laborem sustinere non potuit.* Ad posteriorem referendum illud Gaii [e]: *Qui sciens vasa vitiosa commodavit, si infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est.* Paulus quoque de Servo commodato furtum faciente tum demum teneri commodantem ait, *cum is scirit talem esse* [f]. Ratio differentiæ inter commodantem scientem & ignorantem non est obscura. Ille enim sub specie amicitiæ decipere culpâque suâ damnum dare videtur, quod de vitio rei certiorem commodarium non facit: hic amico gratis prodesse volens, nullam culpam admittit, neque certiorem eum de vitio facere potest quod ipse ignorat. Unde concludendum, commodantem de vitio præmonentem non teneri. Alia ratio est Depositi, quod solius deponentis gratiâ contrahitur, cujus ignorantia non debet esse noxia depositario [g]. Alia etiam ratio in venditione [h]. Alia etiam fere in locatione [i]. Cæterum quomodo commodans quoque expensarum nomine obligetur Gajus, explicat [k]: *Possunt* (inquit) *justa causa intervenire ex quibus*

a *l. 15. § 2. ff. de furto.*

b *l. 17. in fin. ff. Commodat.*

c *arg. l. 17. § fin. ff. eod.*

d *l. ult. ff. eod.*

e *l. 18. § 3 ff. eod.*

f *l. pen. ff. eod.*

g *l. 61. § 5. ff. de furt.*

h *l. 13. ff. de act. Vend. l 6. § 4. eod. § 1. Inst. de empt.*

i *l. 45 § 1. l. 60. § 7. ff locat. l. 19. § eod.*

k *l. 18. § 2. ff. Commod.*

cum eo qui commodasset agi deberet, veluti de impensis in valetudinem servi factis, quaque post fugam requirendi reducendique ejus causa facta essent. Nam cibariorum impensa, naturali scilicet ratione ad eum pertinent qui utendum accepisset. Sed & id quod de impensis valetudinis aut fuga diximus, ad majores impensas pertinere debet. Modica enim impendia verius est, ut, sicuti cibariorum ad eum pertineant. Ex quo liquet commodantem teneri de impensis necessariis & perpetuæ utilitatis causa factis, minimè verò de superfluis aut inutilibus aut modicis temporalibusve.

§ 5. Atque hæc quidem de actione commodati contrariâ commodatario ex obligatione minus principali competenti expedita sunt, illud vero difficultate & controversiâ non caret, an commodatarius etiam habeat jus compensationis aut retentionis? De compensatione videtur affirmare Gajus quando ait: *Quod autem contrario judicio consequi quisque potest, id etiam recto judicio quo cum eo agitur potest salvum habere jure pensationis* [a]. facit huc quod jure novissimo compensatio in omnibus actionibus etiam in rem locum habeat ipso jure; siquidem Justinianus ait [b]: *Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentiâ in rem vel personalibus actionibus inter se observandâ.* Et cum nulla alia causa ab hac regula excipiatur quã depositi & momentaneæ possessionis, facile consequitur commodati actionẽ ad eandẽ pertinere, maximè contrariã, qua species non petitur, quam ob causam puto Gajum etiam *contrarii judicii* nominatim meminisse, quamvis etiam directam actionem habens ad rem repetendam compensare possit, si non ipsa species, sed æstimatio restituenda sit [c]. Inter ipsam rem commodatam & pecuniam aliam debitam commodatario compensationem fieri juris ratio non patitur. Quantitates enim compensantur, non species [d]. De retentione minus dubitandum est quin habeat locum in commodato, siquidem id & superioribus & pluribus aliis juris locis manifestè confirmatur [e]. Attamen hisce non leviter obstat quod Diocletianus & Maximinianus constituunt: *Prætextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur* [f], quodque Basilica confirmant prohiberi non tantum compensationem in deposito, sed & in commodato [g]. Sed de his non est quod anxiè laboremus, siquidem jure Justinianico res expedita sit, cum eorum neque authoritas nos turbet, neque alius forte sensus sit quam Codicis nostri, cujus nodum hunc ut solvant

a l.18. §.4. ff. Commod.
b l. ult. C. de Compens.
c l.11. C. de pos. & d. l. fin. C. de Compens.
d l.18. ff. de pign. act. l.4. l.8. C. de Compens.
e l.15. §. fin. l. l.59. ff. de furt.
f l. ult. C. Commod.
g l.13. t.1. l. ult.

a ad Paul. 2. sent. 12. §. fin. interpretes, alii alia atque alia adferunt. Cujacius a ipsi textui manus adfert violentas in eoq; pro *commodati* legendum ducit *commendati*, de deposito, non commodato sermonem esse ratus: quod cum non ferre videatur inscriptio locusque Commodati in quem relatum est hoc rescriptum, legem in super fugitivam esse pronuntiat, alio loco collocandam. Sed illa quidem textui illata vis est non una, contra fidem (si Contio b fides) omnium manuscriptorum exemplarium. Unde reprehensus haud temere à Fornerio [c], nec à se ipso satis fæliciter defensus [d]. Bartolus, Castrensis, Gifanius eosque secutus Struvius [e] rescriptum illud restringunt ad casum, quo commodatarius debitum ex aliâ quàm commodati causâ prætexit, quodq; non commodati judicio contrario, sed alia actione petere potest, cui sententiæ quodammodo favent verba Gaii, pensationẽ ejus quod contrario judicio peti potest concedentis. Sed repugnant indistinctum Impp. rescriptũ in eoq; generalia verba illa *Prætextu debiti* neq; distinguentia causam commodati ab aliis debendi causis neque distinctionem illam facile admittentia. Zoesius [f] aliiq; Compensationem rescripto illo, non vero retentionẽ prohiberi putant: Sed neq; hoc satis convenit verbis legis, neq; juris rationi, quæ vult compensationi omnibus in actionibus locũ esse. Rectior videtur sententia Glossæ & eorũ qui legẽ illâ ultimâ ut regulam, alia verò loca ut exceptiones explicant, concludentes, rei commodatæ restitutionẽ prætextu debiti recusare generaliter prohibitũ esse, nisi tamen debitum sit liquidum, aut quid in rem commodatam impensum: quam sententiam probabiliorem reddit tum verbum legis *prætextus*, tum ipsa analogia juris. Aliud enim certe est prætextus debiti incerti, illiquidi aut nullius, aliud est certum liquidumque debitum. Et sane familiare est Imperatoribus per prætextum rei non rem ipsam, sed rei ipsius falsam speciem obtentumve significare. *Sic dicunt Prætextum latrocinii commissi vel alterius casus fortuiti non liberare heredes depositarii: ipsum incursum latronum casumve fortuitum liberare* [g] Et alio loco *tutores & Curatores sub prætextu nominis adolescentium lites suas exercere* prohibentur, cum ipso nomine adolescentium tamen agere & possint & debeant [h]. Sic quoque *obtentus* hoc est pretextus juris hereditarii *non proficit ad usucapionem pro herede* [i]. justa tamen opinio proficit [k]. Talis ergò etiam prætextus & obtentus debiti non facit ut commodati restitutio recusari posit, ipsum vero certum liquidumque debitum id facit.

b in prætermiss. post Cod.
c 2. select. 14.
d 9. obs. 37.
e Syntag. lib. 43. l. 6. t. 12.
f ad ff. de Commodat. n. 21.
g l. 1. C. depos.
h l. 6. C. de administ.
i l. ult. C. de Usuc. p. hered.
k l. pen. & t. t. ff. pro hered.

facit. Et quidni hoc retinendi jure utatur commodatarius ratione cujuslibet debiti liquidi, cum id in qualibet actione compensare possit, quod certè majus est quam retinere, siquidem compensatio ipsam obligationem solvit, retentio ad solvendum viam sternit. Et cum ratio retentionis in exceptione doli mali sit, quod scilicet dolo faciat qui petit sibi satisfieri, cum alteri de debito æquè liquido satisfacere non vult, cur commodatarius nō retineret, cum commodans certè dolo malo haud careat, si quod sibi ex causâ commodati debetur petat, id vero quod ipse alia ex causâ non minus justa debet, præstare nolit, Cumq; creditori nō negetur retentio ob quodcunq; debitū extincto jure pignoris, cur negabitur cōmodatario finito usu? Sed & Procurator jure Romano ex causâ mandati potest retinere litem, donec dominus paratus sit solvere [b] id quod debet (ex quâ causâ debeat non distinguit JCtus licet distinguant interpretes) quidni & commodatarius? Equidem jus retinendi communiter certis limitibus includunt, nec alias ob causas concedunt quam vel ob pignus constitutum, vel impensas in rem factas, vel ob aliud commodum ac utilitatem, quæ occasione rei ab ejus detentore Domino ejus obvenit, vel denique ob damnum quod ex re quam tenet alicui datum est (ut referunt Struvius[c], Sartorius[d], alii) sed forte analogię juris convenientius est si ob quodlibet debitum admittamus retentionem, nisi quæ causa nominatim excepta sit, quod & moribus nostris convenientius videtur teste Groenwegio & Mornacio. Sed pluribus hoc persequi præsentis non est instituti.

a l. un. C. etiam ab Chirographar. pec. pign.

b l. 25. & 27. ff. de Procur.

c de compensat. thes. 3.

d ni disp. Basil. vol. 5. d. 37. lit. GG.

e ad l. ult. C. Commod.

Pars XV.

De Deposito.

§. 1. Vox depositum unde dicta. ambigua. Definitio depositi ejusque explicatio. An sit depositum rerum immobilium? Neg. aliud dicendum de Sequestratione. §. 2. An possessio aut usus transferatur in depositarium? Sequester an possideat? Disting. Error communis de sequestro. Error eorum qui in omni sequestro possessionem transferri contendunt. Error eorum, qui sequestrum necessarium semper possidere volunt. Error eorum qui nullo sequestro possessionem transferri volunt. §. 3. An pacto effici possit ut usus deposito transferatur? Neg.? Loca Pauli & Ulpiani conciliantur. Neque Pacto potest effici ne depositum volenti restituatur. §. 4. Divisio Depositi in depositum & sequestrationem. Depositi miserabilis actio cur in duplum? sequestratio quid? quomodo differat ab arresto, repres-

repressaliis, pignoratione, missione in bonorum possessionem. Divisio sequestrationis, in conventionalem & judicialem. Judicialis sive necessaria regulariter prohibita. Explicatur l un. C. de prohib. sequest. pec. Error Cujacii, Hottomanni aliorumq; de eadem. Error alius aliorum. Casus excepti quibus sequestratio necessaria permissa est. An ob metum armorum judex poterit controversa rei sequestrationem facere? Neg. Jur. Civil. & Canon. contra D D. Comm. Aliud volunt constitutiones Imperii. An sequestratio necessaria est contractus? Aff. contra Wes. §. 5. Obligatio ex deposito simplici Principalis. Quam praestet culpam depositarius? Exactius examinatur & contra quam communiter solet explicatur, locus Celsi in l. 32. ff. Depos. §. 6. De obligatione ex Deposito minus principale. §. 7. De obligatione & actione sequestraria.

§. 1. Tantum de Commodato, sequitur Depositum, quod (ut ait Ulpianus [a]) *dicitur ex eo quod ponitur. Praepositio enim de auget depositum, ut ostendat, totum fidei ejus commissum quod ad custodiam rei pertinet.* Sic JCtus. Num idem Grammatici probent nunc non inquirimus. Certè JCtis *Deponere* plærumque significare idem quod *custodiendum dare*, item *commendare*, eaque tria promiscuè usurpari, varia juris loca confirmant [b]. Atque hinc depositum sæpe vocatur *receptum* [c], *commendatum*. Sed & Depositum ambiguè dicitur, ita, ut nonnunquam significet rem ipsam depositam, quomodo passim dicitur *depositum dari*, restitui, amitti, &c. nonnunquam contractum qualemcunque de custodiâ rei, etsi indirectè, nec gratis custodiæ res committatur, directò vero aliud agatur, forte ut res transportetur in navem missa [d]. Frequentius tamen & propriè Depositum significat *Contractum re initum, quo res mobilis alicui gratis custodienda datur, ut eadem volenti deponenti restituatur* [e]. Genus ergò Depositi nostri est contractus, de quo facile inter omnes convenit. An autem illa species Depositi, quæ sequestratio dicitur & invito altero fit, etiam sit contractus, haud levis quæstio est, mox nobis excutienda. Dicitur *quo res mobilis*. Rerum enim immobilium & incorporalium propriè depositum non est. Earum custodia gratis suscepta incidit in formam mandati [f]. Neque hisce adversatur quod Ulpianus ait: *Interdictum de vi & vi armatâ*, quod ad res mobiles non pertinere certum est [g], *ad res depositas pertinere.* Ejus enim ratio non est quod res depositæ sint immobiles quoque, sed quod cum ex hoc interdicto rei immobilis possessio vindicatur inter cætera quoque & quasi accessiones quædam res mobiles veluti

a l. 1. pr. ff. Depos.

b l. 24. & l 26. ff l. 6. & l. 9. C. Depos. l. 186. d. V. S.

c l. l. ff. Naut. Caup. Stab. mod. dd. ll.

d l. 1. §. ult. l. 3. §. 1. ff. Naut. Caup. stab.

e §. 3. Inst. quib. mod. re cont. obl. l. 1. ff. Depos.

f l. 5 §. 4. ff. de Praesc. Verb. l. 1. §. 2. ff. de Procur.

g l. 1. §. 6. ff. de vi & vi arm.

uti commodatæ, depositæ similesque restituendæ sint. De eo tamen controverti solet dubitarique potest, annon sequestratio etiam sit rerum immobilium, id quod & juris civilis aliquot loca, & [a], recentiores, constitutiones moresque nostri confirmare videntur [b]. Unde & Jus Pontificium sequestro prædii, cui jus patronatus competit, jus præsentandi permittit [c]. Dicitur *gratis*. Maximè enim ad formam hujus contractus spectat ut sit gratuitus. Mercede enim interveniente, siquidem ea sit in numerata pecunia, locatio, si in re aliâ, contractus nec nominatus erit [d]. Quemadmodum autem alia negotia suâ naturâ gratuita honorem seu honorarium non respuunt [e], ita hoc neque à deposito alienum erit, quo videtur quoque respicere Ulpianus, quando depositi actionem competere ait etsi alimentorum nomine pro servo custodiendo quid datum sit [f], puta custodi. Nam ea quæ servo dantur à Domino, nullam poterant parere rationem dubitandi de actione illâ. Atque illud honorarium Ulpianus alio loco pretium depositionis vocat, quando ait [g]: *Si in re depositâ culpam quoque repromisi, vel pretium depositionis non quasi mercedem accepi, utilius dicendum est, etsi cesset actio furti ob rem depositam, esse tamen vi bonorum raptorum actionem.* Equidem juxta communes regulas juris depositarius furti actionem non habet, quia ejus non interest, siquidem deponenti de culpâ non tenetur, quod uti in communi deposito manifestum est, ita dubitandum videbatur an non aliud dicendum sit, si depositarius pacto culpæ præstationem in se recepisset, vel etiam si pretium depositionis accepisset. Utroque enim casu res videtur excedere notissimos fines depositi, quod alias nec ad culpæ præstationem obligat, nec pretium admittit, sed gratuitum esse debet. Ast ne sic quidem furti actionem Depositario competere respondet JCtus, dummodo pretium non sit merces, quæ efficeret locationem, sed potius exigua remuneratio, quæ naturam depositi non mutat. Actionem tamen vi bonorum raptorum utilitatis causâ concedit, subjectâ ratione differentiæ inter hoc & furti delictum. Dicitur porrò, *custodienda datur.* Hoc ipsum quoque maximè spectat ad formam & naturam depositi ut nil nisi custodia eo transferatur. Certè non dominium ut mutuo: neque possessio ut pignore: neque usus, uti commodato.

§. 2. De possessione tamen & usu nonnullam hæc res recipit

a *l. 5. C. Quor. appellat. non rec. l. 21. §. ult. ff. de appell. l. 20. & ult. C. de Agric. & Cens.*

b *Ord. Cam. pr. tit. 21. §. fin.*

c *Clem. un. de sequestr. poss. & prop.*

d *l. 1. §. 8. 9. 10. ff. h. t.*

e *l. 6. ff. mandat.*

f *l. 10 §. 9. ff. depos.*

g *l. 2. §. 24. ff. de vi bon. rapt.*

limitationem. Depositarium enim interdicto de vi & vi armata possessionem rerum depositarum quandoque repetere modo observatum nobis est. De sequestratione quoque J Ctus Florentinus contrarium hisce indicat [a]: *Rei deposita proprietas apud deponenentem manet, sed & possessio, nisi apud sequestrem deposita est, nam tunc demum sequester possidet, id enim agitur eâ depositione ut neutrius possessioni id tempus procedat.* Julianus hac de re distinctius pronunciat quando ait [b]: *Interesse puto quâ mente apud Sequestrum deponitur res, nam si omittendæ possessionis causâ, & hoc apertè fuerit approbatum, ad usucapionem possessio ejus partibus non procederet, at si custodiæ causâ deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat.* Clarior est sententia hæc Juliani, à quâ tamen minimè dissensisse puto Florentinum, sed tantum obscurius locutum. Unde sunt qui verba illa *nam tum, demum, &c.* parentheſi includenda esse judicant. Sed ne sic quidem perspicua satis erit sententia. Si fas est ob analogiam juris textum leviter corrigere (quod & consentaneum & necesse aliquando esse alibi plenius demonstrabimus) pro *enim* legerem *cum*, & salva res eademque utriusque Jurisconsulti sententia erit. Sane utroque illo textu certissima illa regula satis indicatur, Sequestrem non possidere, id quod multiplex quoque ratio tum juris Civilis tum Canonici exigere videtur. Neque enim 1. id permittit natura depositi, cujus sequestrum species est, nihil nisi custodiam transferri volens [c]. Neque 2. admittit natura sequestri sequestrisve officium, quod est rem in gratiam deponentium conservare ad litis finem [d]. Neque 3. admittit possessionis propriæ finitio, siquidem possessio, est detentio animo sibi habendi ut suo loco dictum. At sequester non tenet animo habendi sibi, sed partibus litigantibus. Neque 4. id admittit aut voluntas animusve partium ponentium sequestro, aut potestas voluntasve judicis sequestrantis. Hoc enim non agunt partes, ut jus suum in re controversa abdicent, sed custodiam tantum ejus committant sequestri: Iudex verò jus partium in sequestrem transferre non tantum non vult, (cur enim vellet?) sed nec potest. Neq; enim adimere potest parti dominium aut possessionem aliudve jus. Cæterum si partes velint jus suum abdicare atque in sequestrem transferre, non dubium est quin id possint, quæ una est exceptio uti ex ipsis legibus & rationibus modo citatis constat. Huc facit

a l.17. §. fin. ff. Depos.

b l.39. ff. de A vel O poss.

c l.1. ff. depos.

d d.l.110. ff. d. v. S.

facit 5. quod missus in possessionem ob dolum vel contumaciam adversarii non possideat [a], multò minus ergò sequester, qui etiam quidem in possessione est, vel rem tenet, at reverâ non possidet. Denique hæc etiam jus satis firmat canonicum [b]. Ex quibus consequitur 1. falsam esse plerorumque opinionem (quam communem esse testatur Corasius [c]) qui in voluntarium sequestrem apud quem ipsi litigantes voluntato suâ rem deposuerunt, indistinctè, in necessarium autẽ, hoc est apud quem authoritate Judicis deponitur certis casibus possessionem transferri putant. Jam enim constat Voluntarium tum demum possidere cum id actum est; Necessarium nunquam: 2. magis falsam esse sententiam eorum qui in omni omnino sequestro possessionem transferri & legem Juliani [d] ad certum effectum usucapionis restringendam volunt, neque 3. minus errare qui sequestrem necessarium semper possidere volunt, quorum quidem sententiam Wissenbachius frustra eo rescripto firmare allaborat quo dicitur: *Possessori res detrahatur & sequestro idoneo collocetur* [e]. Hæc enim nihil ad possessionem. Nam & cum missio in possessionem fit, res possessori detrahitur & alteri collocatur. Et in commodato & deposito res possessori detrahitur, at non possesio. Sane sequester rem habet, sed non propriam possesionem rei. In possessione est, non posidet. Denique 4. improbanda est opinio in contrarium extremum ruentium statuentiumque nullo in sequestro, ne in voluntario quidem, quo id expresse actum est, transferri possessionem, & quod Florentinus [f] dicit sequestrem hoc casu possidere, de nudâ detentione accipientium. Malè. Ad detentionem accipiendam quid opus est conventione partium?

a l. causa legatorum ff. ex quib. caus. in poss. eat. l. 5. ff. Ut in poss. legat. serv. causa.

b c. 1. x. de sequestr. poss. & fructuum C. contingit. x. de dol. & contum. C pen. & ult. x. de eo qui mitt. in poss. Gadd. de sequest. c. 1. n. 116.

c 3. Miscell. c. 2. n. 13.

d d. l. 39. ff. de acq. vel am. poss.

e l. 5. C. quor. appell. non rec.

f d. l. 17. ff. de poss.

§. 3. Usum vero rei depositæ quo minus accipiat depositarius, indoles negotii prohibet quidem, an verò aliud pacto effici posit non adeo expeditum est. Sane Ulpianus diversis locis confirmat, usum rei depositæ pacto permissum, efficere ut ex deposito fiat mutuum. Nam inquit: *Quod si ab initio cum deponerem uti tibi si voles permisero, creditam non esse antequam mota sit, quoniam debitum iri non est certum.* Ergò si deposuero apud te pecuniam ea lege ut liceat tibi eâ uti si voles, mutuum erit si utendi causâ moveris pecuniam, ante motum, erit depositum [g]. Et alio loco: *Si pecunia apud te ab initio hâc lege deposita sit, uti si voluisses utereris, priusquam utaris depo-*

g l. 10 ff. de re cred.

siti

a l. 1. §. 35. ff. Depos. *siti teneris* [a]. Ergò postquam usus fueris, ex mutuo teneris. Atqui Modestinus ait: *Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet depositam, ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoque judicio depositi condemnandus* [b]. Et *Paulus respondit eum contractum depositæ pecuniæ modum excedere & ideo secundum conventionem usuræ quoque actione depositi peti possunt* [c]. Ergò depositum est non mutuum, siquidem actio depositi non condictio certi hinc competit & usuræ ex morâ debentur, quod ut cum dictis Ulpiani concilietur, distinguendum erit inter illud negotium, quo contrahentes expressim id egerunt ut ex deposito fiat mutuum, & illud, quo id vel expressim non egerunt, vel contrarium egerunt, volentes ut maneat depositum, quo posteriori casu contractus, ut vulgò loquuntur, alteratur tantum, non mutatur; quâ de re plenius diximus occasione pactorum adjectorum. Dicitur porro, *Volenti deponenti restituatur:* quod quidem evidentissima ratio exigit. Nimis enim absurdum foret, si custos rem diutius teneret custodiretve quam velit Dominus, cujus unius gratiâ totum hoc negotium geritur; quare JCti etiam ne pacto quidem contrarium effici posse crediderunt. Ulpianus etenim ait: *Si deposuero apud te ut post mortem tuam reddas & tecum & cum herede tuo possum depositi agere, possum enim mutare voluntatem & ante mortem tuam depositum repetere. Proinde & si sic deposuero ut post mortem meam reddatur, potero & ego, & heres meus agere depositi* [d]. Hoc tamen ad sequestrationem maximè necessariam extendi non poterit ut mox videbimus.

b l. 25 ff. eod.

c l. 26. in fin. l. 29. in fin. ff. eod.

d l. 1. §. 45. & 46. ff. Depos.

§ 4. Explicatâ naturâ depositi, videndum est de speciebus ejus variisve modis. Non incommodè autem depositum dividitur in depositum specialiter dictum & sequestrationem. Depositum in specie dictum est, quo res non controversa alicui custodienda datur & quidem vel sine evidenti necessitate, ex voluntate contrahentium, vel urgente aliquâ necessitate incendii, ruinæ, naufragii, tumultus similive, quod vulgo depositum miserabile vocant, ex quo Prætor contra inficiantem actionem in duplum dedit [e], quod non tantum hoc casu perfidi Depositarii crimen crescit [f], sed & quod res eam moram non patitur, ut deponens fidem alicujus eligat apud quem deponat. Itaque totius societatis civilis interesse videtur, ut calamitoso illo tempore cives sibi invicem & officium & fidem

e l. 1. pr. ff. eod. §. 17. & 26. Inst. de act.

f l. 1. & 11. ff. de Incend. ruin. nauf.

fidem præſtent ejuſque violatores gravius coërceantur. *Sequeſtratio eſt depoſitum rei litigioſæ apud ſequeſtrum à pluribus in ſolidum factum, ea lege ut lite pendente cuſtodiatur, finitâ verò, victori reſtituatur* [a]. Sequeſter autem dicitur, quod occurrenti vel quaſi ſequenti res committitur teſte Modeſtino [b]. Ex quo facile erroris convincuntur Oldendorpius, Cumanus aliique qui ſequeſtrem litis compoſitorem, arbitrum, μεσοδίκην, nec non Schardius Brechæus aliique, qui ſequeſtrationem rei controverſiam, compoſitionē & poſſeſſionis interdictionem dicunt [c]. Illud quoque hinc conſtat, ſequeſtrationem omninò differre ab arreſto (quod cum frequentius fiat, ſingularis de eo in Imperio facta eſt conſtitutio ſingulari à Gailio tractatu illuſtrata) Vid. Ord. Cam. pr. tit. 24. quod ab ἀρεστὸν, i. e. placitum dictum, eſt manus injectio, quâ vel alicui à Magiſtratu interdicitur, nē excedat eo loco, quo inventus eſt ei qui arreſtum impetravit, quave res etiam non litigioſa alicujus ſecuritatis cauſâ auctoritate publica detinetur, donec ſatisfactum ſit ei, qui arreſtum impetravit: cum ſequeſtratio ſit & tantum rerum litigioſarum, & tantum cuſtodiæ cauſâ, & ſæpè citra authoritatem Magiſtratus: Differre etiam à pignoratione, (quæ nihil aliud eſt, quam captura pignorum, & quidem rerum mobilium, aut perſonarum innocentium, propter jus aliquod controverſum facta eo loco, quo jus illud quod ad res perſonaſve captas nihil attinet capiens ſibi aſſerit, contra tertium [d]. Cum autem in Imperio Germanico id ſæpius inter Proceres Nobileſque Imperii contingeret, ſæpeque unus pro alio gravaretur, ſpeciali conſtitutione à Gailio etiam ſingulari tractatu illuſtratâ pignorantium temeritas coërcetur [e]. Differt ergo ſequeſtratio etiam à repreſſaliis, quo nomine quamvis Jure Canonico aliquando pignorationes appellitentur [f], propriè tamen denotatur illa repreſſio aliorum injuſtitiæ, quæ authoritate Principis, vel ejus cujus ſumma poteſtas eſt, fit, quâ nempe juſtitia denegatur ſubditis illius qui repreſſalias concedentis ſubditis juſtitiam negat, donec id quod juſtum eſt denegare deſinat [g]. Elegantiores ſcriptores non repreſſalias, ſed Clarigationē dicere poſt Budæum aliosque obſervat Wiſſenbachius [h]. Differt etiā ſequeſtratio à miſſione in bonorū poſſeſſionē. Creditor enim miſſus accipit pignus Prætoriū [i], cui pragmatici arreſtantē aſſimulant teſte Peckio [k], Wehnero [l], & aliis. Sequeſtrem vero præter cuſtodiam nihil juris

a l. 5. § 1. & 2. l. 6. l. 17. l. pen. ff. Depoſ.
b in l. 110. ff. d. V. S.
c Gadd. diſp de Sequeſt. theſ. 5.
d C. 1. de Injur. in 6.
e Vid. Ordin. Cam. p. 2. tit. 23.
f C. 1. d. injur. in 6.
g C. Dominus noſter 23. 4. 2.
h Diſp. Extraord. de Repreſſaliis th. 2.
i l. 1. & 2. C. de Prætor. pign. l. 26. ff. de pign. act. l. 3. & 5. C. ut in poſſ. legat.
k de jur. ſiſtend. C. 8.
Wehner. obſ. pract. Verb. arreſtam.
l l. 22. § 8. ff. ſolut. mat.

accipere, supra declaratum est. Cæterum quod in definitione sequestri diximus sequestrum esse depositum rei litigiosæ, non est perpetuum. Aliquando enim sequestratur res nos propter litem aut controversiam quæ est de illa, sed & aliam ob causam, uti infra manifestius fiet, quomodo Ulpianus ob metum dotis dissipandæ eã sequestrari vult. Sequestratio ita definita alia est conventionalis, sive voluntaria, alia judicialis sive necessaria[a]. Hanc tamen si curatius loqui velimus, Prætoriã potius quã judicialẽ dicendã, quia magis exequendo & jubendo, Prætoris officio manuq; quã judicando[b], expeditur, putat Gœddeus[c], cujus tamen ἀκρίβεια nescio an ipsa satis accurata sit, cũ & Prætoriũ non absurdè judiciale dicas, nec judiciale à modo judicandi sed authoritate judicantis hoc loco dicatur. Voluntaria fit mera voluntate partium[d]. Necessaria fit authoritate Magistratus[e]. De voluntariâ nullum est dubium, quin & species depositi & semper licita sit, adeo, ut etiam lex sæpe consulat horteturque rem litigiosam sequestro ponere[f]. In necessariâ utrumque dubium controversumque videtur. Equidem Regulam necessarium sequestrum prohibere, juris Civilis Pontificiique & authoritas & ratio satis confirmat. Illud omnem sequestrationem pecuniæ speciali titulo legeque interdicit. Sic enim sanciunt Honorius & Theodosius: *Quotiens ex quolibet contractu pecunia postulatur, sequestrationis necessitas conquiescat. Oportet enim debitorem primo convinci & sic deinde ad solutionem pulsari, quam rem non tantum juris ratio, sed & ipsa æquitas persuadet ut probationes secum adferat debitoremque convincat pecuniam petiturus*[g]. Falluntur certè Cujacius[h], Hottomannus[i], Giphanius[k] aliique, qui pecuniam in hac constitutione strictè & pro quantitate accipiunt. Rationes æquitasque ab Imperatoribus allegatæ, quin & verba *ex contractu postulatur* satis innuunt, corpora quoque hoc loco pecuniæ verbo contineri, omnemque sequestrationem per regulam hanc prohibitam esse. Falluntur etiam putantes, pecuniæ, quatenus est quantitas, sequestrationem hic absolutè prohiberi, ut nullo etiam casu excepto sequestrari possit. Neque enim quicquam illos juvat mentio *pecuniæ*, cujus latissimam esse significationem, comprehendentem etiam quicquid in patrimonio est, JCtis indubium est[l]. Unde Ulpianus ait *Pecuniæ verbum non solum numeratam pecuniam complectitur verum omnem omnino pecuniam hoc est omnia corpora. Nam corpora quoque pecuniæ appellatione contineri* nemo

a l. 5. § 1. l. 6. § 1. ff. de poss. c. 1. 2. 3. ext. de sequestr. poss. l. un. C. de prohib. sequestr.
b d. c. 1. 2. 3. & Clem. Un. de sequestr. c. 2. ext. de dol. & cont. Ord. Cam. p. 2. tit. 21. §. ob auch in obberuhrten.
c Disp. de sequestr. thes. 6.
d d. l. 5. l. 6. l. 17. ff. depos. l. 39. de acq. vel ami. poss. l. 5. ff. fam. Ercisc.
e Per allegata ad lit. A.
f l. 5. § sed nec ff. ut legat. caus. cav. l. 5. ff. fam. Ercisc. l. 19. C. de Usur. l. 9. C. de solut. l. 20. C. de Agric. & Censit.
g l. un. C. de prohib. sequestr. pec.
h in parat. Cod. d. t.
i in schol. ad d. l. un.
k Ibid.
l l. 5. ff. de V. S.

nemo est qui ambiget [a]. Nihil ipsos quoque juvat Codex Thodosianus, qui indicium facit uno casu, nempe si de falso chirographo quæreretur, inter debitorem & creditorem sequestrationẽ creditæ pecuniæ licitam fuisse, id quod Imperatores Arcadius & Honorius dict â suâ constitutione antiquare tantum videri possunt. Etsi enim occasio hujus legis fuerit specialior, Decisio tamen generalis est. Non enim novum sed frequentissimum in Codice est, ut jus speciale occasione casuve rescripturi Imperatores, generale condant, quomodo etiam in hac nostra lege, etsi forte jus illud Theodosianum speciale correcturi erant, correctio illa tamen non substitit intra terminos juris illius specialis, nec loquitur tantum de pecuniâ creditâ, sed de omni omnino pecuniâ in genere, neque de specie aliqua contractus, sed de quolibet contractu. Et quantum ex ratione liquet, de *omni pecunia quæ postulatur*, hoc est, de omni debito controverso, etiam extra causam proprii contractus. Neque illos juvat, quod specialis ratio videatur esse in quantitate, quæ perire non potest, quodque periculum rei petitæ interitus videatur causa sequestrationis. Etsi enim quantitas propriè perire non possit, dissipari tamen potest, quæ dissipatio non minus periculum damnumve adfert Creditori quam interitus rei, unde & æquè causa sequestrationis est, quod ex Ulpiano modo intelleximus, moxque exemplis plenius declarabimus. Atq; hanc nostram sententiam quæ est communis, æquissima, omnium Doctorum suffragiis comprobata & usu recepta teste Gœddeo [b], & jus Canonicum quo sequestratio etiam ante decreta ab Innocentio III. revocatur [c], & Imperii & plerorumque locorum constitutiones recentiores confirmant. Omnia tamen illa jura regulæ hujus exceptiones non paucas agnoscunt. Unde sequestrationi huic necessariæ locus est si quis de fugâ suspectus Prætoriam satisdationem non præstet [d], si possessor rei controversæ malitiose dilapidet [e], vel custodiæ causa in possessionem missus, fructus dissipet [f]. Si de statu quæstio sit & interim ei quid auferatur, v. g. Si Mevius Stichum in servitutem vindicet, eique rem auferat, tunc Stichus datis fidejussoribus ablatam repetit, antequam constet servus sit, nec ne, aut si fidejussores dare nequeat, res ablata sequestratur [g]. Sic & ad libertatem proclamantis peculium sequestratur, ut neque Dominus servo, neque hic, si fortè liber declarandus sit, illi præjudicare possit. Si scan-

a l. 178. pr. ff. de V. S.

b de Sequestrat. C. 1. n. 85.

c c. 1. ext. de Sequestr. poss. & fruct.

d l. 16. ff. de Off. Præs. l. 7. § fin. Qui satisd. cor.

e c. 3. ext. de Sequestr. poss. l. Impp. § fin. ff. de appell. l. ab executione C. quor. app. non rec.

f c. 2. ibique Panorm. ext. de Sequestr. poss. l. ult. C. de Ord. Cognit.

g l. ult. C. de Ord. Cognit. C. 4. l. 204. l. 2. § 1. C. de Adsert. toll. l. 3. in fin. C. quib. ad libert. procl. non lic.

dalum aliquod metuendum sit ex contentione litigantium super re controversâ [a]. An autem ob metum armorum Judex poterit rei controversæ sequestrationem decernere? Non id permittit ratio sive juris Civilis sive juris Canonici. Utrumque vult possessionem cuique suam sartam tectam esse debere [b] Utrumque alia remedia ei opponit. Neutrum vim & arma intentanti possidentem de suo jure cedere cogit. Et quanquam Gailius [c] & communis Doctorum schola plurimis adductis juris utriusque locis[d] contrarium asserant, res tamen ipsa loquitur nullum eorum satis ad rem facere. Constitutio tamen Caroli V, & Ferdinandi in comitiis Wormatiensibus & Augustanis annis 1521. 1548. 1555. promulgata, ipsaque Ordinatio Cameræ Imperialis [e] permittit Imperatori summisque Judiciis Imperii, ob metum armorum, proceres nobilesve Imperii litigantes arma deponere jubere, & rei litigiosæ possessionem sequestrare, donec summarie cognoscatur utri momentanea (ut vocant) possessio adjudicanda sit. Hispani *interim* vocant, Galli *recredentiam*, Belgæ *provisionale remedium* sive *fiduciariam possessionem*, alii *processum informativum*, de quo plenius Covarruvias [f], Gailius [g], Schwanmannus [h], Budæus [i], & alii. Sed & Prohibitionem sequestrationis pecuniæ Belgarum aliorum moribus prorsus antiquatam esse post alios docet Groenwegius [i], quod tamen non simpliciter & absolute verum puto.

§ 5. Illud etiam magnopere controvertitur an sequestratio necessaria, quoque sit propria sequestratio & species conventionis? Negat id Wesembecius [k] aliique plurimi heic, quod deficiat consensus litigantium, quodque non voluntas partium vere adesse, sed Magistratus authoritas sequestrationem invito imperare videatur. Sed illo quidem argumento efficient stipulationes Prætorias judicialesque & venditionem ab eo qui ob utilitatem aut necessitatem publicam vendere invitus coactus est, non esse contractus, quod sane absurdum est. Quemadmodum ergò accedens authoritas magistratus, non intercedit, quo minus alii contractus sint conventiones, aut saltem tales jure habeantur, sic neque eam ob causam sequestrationem necessariam à genere depositi aut conventionum removendam esse, rectius asserunt Gœddeus [l], Hahnius [m] aliiq;. Cæterum ex utroque deposito, & simpliciter ita dicto & sequestro sua nascitur & obligatio & actio. Obligatio ex deposito simplici alia

principalis,

a *C. olim ex literis ext. de Rescript. c. 1. 2. 3. ext. de jure patronat.*
b *d. un. C. uti posid. C. sæpe ext. de Caus. poss & propr.*
c *l. 1. obs. 5. & 6.*
d *si colon. C de agric. & censit. l. si cujus §. æquissimum ff. de Vsufr. c. 2. ext. de dol. & cont. c. discordantes dist. 90. l. congruit. l. illicitas ff. de off. Præs. l. fin. ff. de Off. Proc. Cæs. l. 1. si super possessione C. de transact.*
e *part. 2. tit. 21.*
f *pract. quæst. lib. 1. c. 17.*
g *d. d.*
h *Observat. 56.*
i *ad l. fin. ff. de Orig. jur.*
k *ad tit. C. de prohib. sequest.*
l *Consil. 7. n. 7.*
m *de Sequest. 1. n. 83. & n. 156.*
n *ad VVes. tit. depos. n. 6.*

principalis, alia minus principalis est. Dispar enim utriusq; contrahẽtiũ hic est conditio. Principaliter is apud quẽ res deposita est obligatur deponenti ad rem probe custodiendã & asservandã eandemq; cum placuerit, deponenti, non deteriorem[a] restituendam, cum omni causâ [b], nec non ad præstandum dolum [c] & quæ eum repræsentat, latam culpam [d]. Sufficere enim visum est, si amicus in custodienda re amici sine fraude versetur neque dolum aut quod dolo proximum est admittat. Itaque ne communem quidem diligentiam jura ab eo exigunt, si custos suâ naturâ & in suis rebus negligentior sit. Non enim huic imputandum est quod rei servandæ impar sit ipse, sed imputandum potius deponenti, quod negligenti amico rem custodiendam dederit diligentioremque non elegerit, ut disertè pronunciat Justinianus [e]. Quod si tamen Depositarius sua naturâ vigilantior & diligentior sit & vel communem vel singularem & communi majorem diligentiam rebus suis adhibere soleat, fraude & latâ culpâ non caret, nisi eamdem rebus amici, custodiendis adhibuerit quod Celsus hisce confirmat. Quod *Nerva diceret latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam etsi quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito præstat, fraude non caret. Nec enim salva fide minorem iis quam suis rebus diligentiam præstabit* [f]. Locus hic ingenia Interpretum mirum in modum torquet, & hi illum. Nobis tamen tam difficilis non videtur: Certè Gordius non est nodus, si quidem sine gladio aut vi jam solvemus. Cum alias sæpe contrariis fundamentis, sæpe contradicendi studio Sabiniani & Proculiani in partes irent, hic ipsi Proculiani inter se discordes fuere in quæstione an lata culpa dolum sive semper & ubiq ue, sive saltem in Deposito repræsentaret. Nerva (sive pater sive filius, uterque sectæ Proculianæ) affirmabat: Proculus, ipse negabat. Sed hujus sententiam Celsus filius (cujus creduntur libri in pandectis allegari) qui ipse cum Patre alias à partibus Proculi stabat, hoc loco improbat & Nervæ sententiæ postponit, specialiq; argumento hanc confutat. Improbat sententiam Proculi hisce verbis: *Proculo displicebat, mihi verissimum videtur.* Quæ subjicit non esse simplex pronunciatum, ad describendum officium depositarii, sed argumentum ad confutandum Proculum arguit verbum causale *Nam*, quo rationem ostendit Nervæ sententiam verissimam & Proculi falsam esse arguentem. Sequitur ergò

a l. 1. & 16. ff. Depos.
b § 3. I. quib. mod. re. contr. obl. l. 1. § 24. ff. Depos.
c l. 23. ff. de R. I. l. 32. ff. Depos.
d d. l. 32. l. 226. ff. de V. S. l. 1. § 5. ff. de O. & A.
e § pen. Inst. quib. mod. re contr. obligat.
f l. Quod Nerva 32. ff. Depos.

nunc argumentum *tale* à minori ad majus ductum quod vo culæ *etsi tamen* totusq; contextus satis convincunt, quodque J Ctis frequentissimum fuisse, tum plurima alia loca specialia, tum variæ regulæ juris confirmant a. itaque Celsus sic arguit: Si communis diligentia, sæpè fraude non caret, sed pro dolo habetur, multo magis lata culpa dolus erit: atqui communis diligentia (quæ solet opponi levi culpæ) fraude non caret in depositario, qui diligentior est in rebus suis. Ergo multo magis lata culpa quæ alias solet dici crassa & nimia negligentia & segnities, multo magis pro dolo habebitur. Antecedens proponit communemque diligentiam describit J Ctus his verbis. *Etsi quis non ad eum modum quem hominũ natura desiderat diligens est.* Natura communis hominũ præsumitur neq; exigere singulare aut extremum quid, adeoq; non singularẽ aut exactissimã diligentiã, quâ pauci utuntur neque admittere singularem desidiam nimiamque negligentiam, quæ etiam in paucos cadit, sed mediocrem diligentiam pluribusque communem & levi culpæ opponi solitam. Hanc autem communem diligentiam inquit Celsus, & si quis præstiterit, nondum tamen fraude caret, si ipse suâ natura diligentior vigilantiorque sit, eamque singularem diligentiam in rebus suis exerceat, quod hisce indicat *nisi tamen ad suum modum curam in deposito præstat.* Hoc est, nisi diligentissimus & exactissimus ille, summam atque exactissimam illam diligentiã quam in rebus suis probare solitus est (exactissima autem diligentia solet opponi culpæ levissimæ) *præstat, fraude non caret.* quibus verbis clarè proponit minorem illam propositionem *atqui communis diligentia fraude non caret.* Necessario itaque sic concludendum: ergò multo minus lata culpa & supina negligentia fraude caret. Minorem autem suam porro hisce probat Celsus. *Nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus diligentiam præstabit.* Sic arguit Qui bona fide non agit fraude non caret atqui diligentissimus & vigilantissimus homo, qui suetam & quasi naturalem sibi suisque in rebus solitã diligentiã in rebus amici custodiendis seponit, omittit & negligit, non agit bonâ fide, Ergò fraude non caret. At dicas Celsus non probat hunc bonâ fidę non agere? Imo hoc probare minime necesse est, tum quia jura præsumunt unumquemque cum aliter agit atque communiter & secundum naturam aut consuetudinem agere solet ex singulari ratione & destinatâ voluntate agere, & si actus ille legibus improbatus sit, dolosè versari; tum quia deponens creditur respicere

a l. 21. l. 26. l. 110. l. 126. ff. de R. I.

ſpicere ad conſuetam diligentiam amici, & ideo huic potius quam alii cuſtodiendam committere, Amicus vero tacite quodammodo promittere conſuetam ſuam diligentiam, dum gratis cuſtodiendam ſuſcipit, qua quando amicum defraudat, præterque morem, ſpem & exſpectationem negligentior eſt, certe fraude non caret: Ut adeo Celſus ſatis feliciter videatur confutaſſe Proculum magiſtrum. At illa ſupereſt difficultas, quomodo dici poſsit Depoſitario præſtandam eſſe diligentiam quam rebus ſuis adhibet, cum iſthæc periphraſis ſignificet non culpam latam ſed levem, non tantum aliis JCtis Ulpiano [a] Gaio [b] Paulo [c] ſed & ipſi Juſtiniano [d]: cumque certiſsimi juris ſit depoſitarium tantum de latâ teneri [e]. Nulla hic certè difficultas: pro diverſitate ſubjecti & hypotheſeos eadem phraſis poteſt ſignificare & latam & levem culpam. Celſus hoc loco latam culpam eſſe oſtendit, quia fraude non caret diligentiſsimus & vigilantiſsimus Depoſitarius, qui amici ſpem fefellit & à ſolita ſuâ vigilantia abiit. De qua hypotheſi nec Juſtinianus, nec Ulpianus, nec Gajus Paulusve loquuntur. Sed de hiſce ſuo loco plenius. Cæterum ex dictis conſequitur intolerandam eſſe temeritatem Hottomanni [f] textum hujus legis male corrigentis & pejus explicantis: Conſequitur etiam communem tum veterum tum recentiorum explicationem hujus legis, quæ vult Celſum loqui de Depoſitario, qui ſit hebetior & negligentior quam communis natura hominum deſiderat, conſilio & menti JCti ſatis convenientem non eſſe, neque enim ſic argumentum quo utitur contra Proculum eam vim haberet. Neque Celſi inſtitutum tam fuit ut doceret, quid præſtet Depoſitarius, quam ut impugnaret falſam illam ſententiam Proculi: id quod probabilius faciunt omnes leges ex libro undecimo Digeſtorum Celſi ex quo & hæc noſtra prodiit, in Digeſta noſtra relatæ, quæ omnes de rebus pupillorum & minorum judicioque tutelæ & ſpeciatim de dolo & culpa in eo præſtanda agunt [g], qua occaſione JCtus videtur digreſſus ad quæſtionem inter Nervam & Proculum agitatam. Cum Celſo autem adeo facit Ulpianus, ut etiam intempeſtivam miſericordiam ſecundum lenitatem mitis ingenii Depoſitarii, quam etiam in rebus propriis exerciturus forte erat, dolo proximam eſſe dicat ideo, quia depoſitarius aliud exſpectantem deponentem ſic fefellit & non potius depoſito abſtinuit. Sic enim ait: [h] *Si hominem apud ſe depoſitum, ut quæſtio de eo haberetur ac propterea vinctum vel ad*

malam

a l. 1. ff. de tutel. & rat. diſt.
b l. 72. ff. pro ſoc.
c l. 25. § 16. ff. fam. erciſc. l. 17. ff. de jur. dot.
d § ult. Inſt. de ſoc.
e d. l. 23. ff. de R. J. l. 1. §. 5. de O. & A. § pen. J. quib. mod. re contr.
f 3. obſ. 2.
g l. 21. ff. de probat. l. 60. ff. de jur. dot. l. 11. ff. de tutor. & curator. dat. l. 7. de Magiſtrat. conven.
h l. 7. pr. ff. Depoſ.

malam mansionem (quæ est species quæstionis [a]*) extensum sequester solverit, an misericordiâ ductus, dolo proximum esse quod factum est arbitror, quia cum sciret cui rei pararetur, intempestivè misericordiam exercuit, cum posset non suscipere talem causam & decipere.* Quod autem diximus depositarium obligatum tantum ad præstandum dolum & quæ pro dolo habetur latam culpam fallit, levemque præstat, cum is se deposito obtulit [b], aut non gratis rem custodivit sed mercedem pro custodia accepit [c]: item cum res suâ causâ deposita est ut postea fieret ei credita, quod quidem depositum irregulare est, transferens etiam periculum ad depositarium; quod etiam fit *si depositarius rem depositam vendiderit eamq; postea redemerit, in causam depositi, etiamsi sine dolo malo postea perierit, tenetur tamen depositi, quia semel dolo fecit cum venderet,* quæ sunt verba Ulpiani, quibus videtur adversari illud Pauli ex Labeone: *Si rem quam apud te deposuerim lucri faciendi causâ vendideris, deinde ex pœnitentia redemeris & eodem statu habeas, sive ignorante me, sive sciente ea gesta sint, videri in potestatem meam rediisse secundum Proculi sententiam.* Hinc ergò videbatur dicendum, si res in potestatem Domini rediisse intelligitur, periculum quoque ad Dominum rediisse dolumque primum depositarii satis purgatum esse, adeoque eum de casu post contingente non amplius teneri. Plures conciliationes huc adfert Glossa. Mihi tutius esse videtur si utriusque JCti dictum ad suam cujusque hypothesin restrictum pro argumento præsenti intelligatur. Itaque quantum præstationem, periculi Doloso depositario sine dubio ob odium perfidæ custodiæ incumbentem, juxta Ulpianum rem non videri in potestatem rediisse, idque confirmant verba hæc: *quia semel dolo fecit.* Accedit quod alibi idē JCtus dicit *Qui ea mente alienum quid contrectavit ut lucrifaceret, tametsi mutato consilio id Domino postea reddidit, fur est. Nemo enim tali peccato, pœnitentiâ suâ nocens esse desiit.* Quod autem attinet quæstionem an vitium rei redemptæ purgatum sit redemptione ita, ut res posit usucapi (de quâ Paulus) videtur rediisse vitiumque purgatum esse. Quid verò si depositarius rem apud alium deposuerit eaque illius dolo perierit an de dolo alterius tenebitur? Africanus Paulusque respondit eatenus depositarium primum teneri ut actiones suas deponenti contra secundum depositarium præstet. Cæterùm ex hac obligatione principali nascitur actio depositi directa deponenti [d] etiam prædoni & furi [e], (non tamen adversus ipsum Dominum [f].) Datur & Domino

a l. 15. § 41. ff. de injur.

b l. 1. § 35. ff. Depos.

c l. 5. § 2. ff. commod.

d l. 1. § apud Iulianum ff. h.

e d. l. 1. § si prædon. eod.

f l. qui rem suam 15. ff. h.

no servi deponentis [a], & filio familias [b], nec non ei cui ex pacto deponentis res restituenda est [c], adversus depositarium & deponi jubentem [d], quin & pupillum doli capacem, etsi locupletior factus non sit, si dolo fecerit [e]; & adversus unum plurium depositariorum in solidum [f]. Non dubium est autem quin hæc obligatio actioque ex jure civili descendat, quamvis etiam curam ejus habuerit Prætor, ex cujus jurisdictione tamen hac primum descendit quod de deposito miserabili actio datur in duplum [g]. Sed & alia specialia de hac obligatione aliunde accessere, veluti quod actione directa ob dolum damnatus fiat infamis [h]: quod directâ agenti non possit objici exceptio compensationis [i] doli aut denunciationis attestationisve ab alio transmissæ de non restituendo [k], quamvis in aliis negotiis ejusmodi denunciatio nonnunquam moram restitutioni faciat [l]. Ex quibus etiam non sine ratione colligitur quadrimestres illas inducias, quas reus condemnatus post sententiam ex lege Justiniani habet [m], cessare in hác actione depositi [n].

Sed satis pro instituti ratione diximus de obligatione depositi principali. Sequitur minus principalis, quâ deponens obstringitur [o] depositario, tum ad restituendum impensas necessario in rem depositam factas, (De utilibus aliud dicendum, cum officium depositarii non sit ejusmodi sumptus facere [p]) tum, ad resarciendum qualecunque damnum occasione depositi obveniens, non tantum dolo, sed & quavis deponentis culpâ. Cujus quidem rationem reddit Africanus, quod officium suum nemini debeat esse damnosum [q]. Ex hac autem obligatione nascitur actio depositi contraria, quam depositario adversus deponentem dari certum est [r]. Illud autem gravissime controvertitur, an ?i hujus obligationis depositarius rem depositâm retinere possit? Affirmat Accursius, Baldus, Salicetus, Castrensis, Cinus, Placentinus, Sichardus, Hottomannus, Mornacius [s] eosque secuti Vinnius [t] Wissenbachius [u], Struvius [x], & plerique alii. Negant Azo [y], Tuldenus [z], Donellus [aa], alii, quorum quamvis pauciorum sententia mihi verior ut videatur, facit Constitutio Justiniani hæc clarissima: *Si quis pecunias vel res quasdam per depositionis acceperit titulum, eas volenti ei qui deposuit, reddere illico compellatur, nullamque*

a l. 1. § 17. h.
b l. 19. eod.
c l. 26. eod.
d l. 1. § 14. h.
e l. 1. § 15. eod.
f l. 1. § 42. eod.
g l. 1. pr. ff. h. t.
h l. 10. C. h.
i l. ult. C. de Compensat.
k l. pen. C. h.
l l. ult. ff. de Leg. Commiss.
m l. 2. C. de Usur. Rei jud.
n Wurmser lib. 1. obs. 23.
o l. 8. 12. 25. ff. Depos.
p arg. l. un. § taceat Vers. sed nec ob impensas C. de Rei uxor. act.
q l. 61. § 5. ff. de furt.
r l. 5. pr. l. 21. ff. h. t.
s ad l. 11. C. depos.
t lib. 1. quæst. 5.
u ad d. l. 11. C.
x ad tit. ff. Depos. thes. 44.
y in summa C. Depos.
z ad tit. C. de comp.
aa ad d. l. 11. C. depos.

 com-

compensationem vel deductionem vel doli exceptionem opponat. Quasi & ipse quasdam contra eum qui deposuit actiones personales, vel in rem, vel hypothecariam prætendens, cum non sub hoc modo depositum acceperit, ut non concessa ei retentio generetur & contractus qui ex bonâ fide oritur, ad perfidiam retrahatur. Sed etsi ex utraque parte aliquid fuerit depositum, nec in hoc casu compensationis præpeditio oriatur: sed deposita quidem res vel pecunia ab utraque parte, quam celerrime sine aliquo obstaculo restituantur, ei videlicet primum qui primus hoc voluerit, & postea legitime actiones integræ quoque ei serventur. Quod obtinet (sicut jam dictum est:) *& si ex una parte depositio celebrata est, ex altera autem compensatio fuerit opposita: ut integra omni legitimâ ratione servatâ, deposita res vel pecunia primâ fronte restituantur* [a]. In quo rescripto tot argumenta qualicunque retentioni rerum depositarum adversantia occurrunt, quot sententiæ: quorum primum atque evidentissimum est, quod Imperator omnem exceptionem doli mali opponi vetat. At vero si depositarius ob impensam similemve causam depositum retinere vult, non aliud habet medium, fundamentum aut obtentum juris, quam hanc exceptionem, qua deponentis actionem moratur, quasi is dolo malo faciat, quod sibi rem restitui, nec tamen depositario satisfacere velit. Et reverâ dolo facit, qui sic cum alterius detrimento locupletari, nec alteri suum tribuere vult. Sed tamen hanc omnemque veri doli exceptionem legislator expresse removet, aliudque remedium juris ad coërcendum illum dolum adhiberi vult, scilicet actionem ordinariam, qualis etiam est actio depositi contraria, quâ impensa repetitur. Quinimo eo hoc producit Imperator, ut ne propter aliud depositum alterius depositi retentio valeat, sed prius petenti res deposita primum sit restituenda. Fac Titium civem Amstolodamensem cum heic loci negotiaretur, apud me deposuisse mille aureos, me verò cum Amstelodami agerem apud eundem deposuisse similem aliamve summam aut rem. Neque ego ipsi depositum repetenti objicere possum, mihi prius meum reddendum esse: nec me repetentem ille obtentu sui reddendi morabitur, sed qui prius petierit, ei primum reddendum, salvâ alteri actione depositi. Atque hinc quidem secundum non minus evidens liquet argumentum ad rem hanc: si enim nec ipsa actio de-

[a] *l. 11. C. depos.*

depositi directa, nec ulla alia sive in rem, sive personalis, tantum, juris actori tribuere valet, ut eo rem depositam retinere queat, unde illa vis actioni depositi contrariæ, quæ certe sub regula personalium continetur nec ullo loco excipitur. At Imperator neque ob personales, neque ob in rem, neque ob hypothecariam actionem retentioni locum facit. Sed & tertium argumentum suppeditat mentio actionum *in rem & hypothecaria*, quæ posterior cum etiam sit species actionum in rem, & tamen ab eo genere separetur, videtur Imperator (quod & plurimis aliis juris locis fit:) per actionem in rem, rei vindicationem intelligere vel actionis hypothecariæ separatim meminisse, quia magis dubitatum sæpiusque quæsitum fuit, annon depositarius ob jus hypothecæ seu pignoris depositum retinere possit. Sed quicquid sit, Imperator nequidem obtentu juris in re, retentioni locum facit, verum omne jus quod depositarius sibi asserit, actione eum persequi vult, non exceptione aut detentione depositi. Atque hujus rei optimam reddit rationem ex naturâ contractus petitam. *Cum* (inquit) *non sub hoc modo depositum acceperit, ut non concessa ei retentio generetur, & contractus qui ex bonâ fide oritur ad perfidiam retrahatur:* quibus significat, neque naturam depositi, quo sola custodia transfertur, neque intentionem contrahentium retentionem pati. Certè deponens dum nullum aliud quam custodiendi jus in depositarium transfert, satis sibi cavisse videtur, de re non retinendâ ultra tempus custodiæ. Et depositarius dum non alio jure quam custodis rem traditam accipit, hoc promittere videtur, ad quod quilibet custos tenetur, scilicet rem volenti Domino sine morâ restituendam: quod si is, vel uti Dominus vel uti creditor rem retinere vult, cum de nudâ custodiâ conventum est, bonam fidem non servat & contractum quem in utilitatem & gratiam amici se inire simulabat, perfidè ad suum commodum vertit, decipitque amicum, qui si hoc præscisset, alium sibi custodem quæsiturus fuisset: quæ sane ratio (quamvis aliàs in constitutionibus Imperatorum non tam de ratione quam voluntate laboremus) eo evidentior videtur, quod custodis hujus sive depositarii officium ita jure Civili restrictum sit, ut ne pacto quidem effici possit, ne res deposita à custode diutius quam vult deponens, retineatur, ut ante

observatum nobis est. Atque hic unus locus satis evincit jus sententiamque Justiniani. Aliis [a] quæ alii ad hanc rem allegant, neque opus, neque vis tanta est, cum vel de commodato, vel de compensatione loquantur. Sed magis alienæ à scopo sunt rationes, quibus plerique interpretes contrariam sententiam firmare laborant. Equidem constitutio ratioque Justiniani cum manifestior sit quam ut simpliciter negari possit, facile agnoscunt dissentientes retentionem depositi ex aliis causis prohibitam, licitam tamen esse volunt, ob impensas & ea quæ contrario depositi judicio peti possunt, id quod & textibus & ratione certius reddere nituntur: sed textuum nullus ad rem facit, nullus de retentione depositæ rei loquitur, alius de commodato, alii de aliis [b]. Neque Justinianus superiori loco, quo hanc quæstionem specialiter definit, distinguit inter actiones aut causas, ita ut ob nonnullas retentioni locus sit, ob alias non. Sed indistinctè omnem retentionem, & exceptionem doli mali removet. At inquiunt, ratio distinguit. Nam & ob impensas similesque causas depositarius accipit jus in re, secus est in aliis. Distinctorum jurium diversus proculdubio est effectus & quidni retineat rem qui habet jus in re. Qui vero rem hanc penitius intuetur non poterit intelligere, vel depositarium ob ea quæ contrario judicio petit, jus in re habere, vel illud jus retinendi facultatem ei tribuere posse. Et quale tandem erit illud jus in re? certe non dominium, non possessio, non servitus. an pignus? ne hoc quidem. Nulla enim lex depositario tacitam hypothecam largitur. Et Iurisconsultus Paulus dicit ei, qui in rem commodatam impendit, rem *quasi pignoris loco* fuisse [c]. Sane aliud est pignus, aliud pignoris loco esse; aliud verum, aliud quasi pignus. Neque aliud jus in re impendenti illi competere quam retentionem & Paulus eo ipso, & Julianus alio loco [d] declarat. Tale vero jus depositarium minimè habere Justinianus manifestissimè docuit. Wissenbachius quidem ex alio loco Justiniani [e] alioque Gaji Paulique [f] responso inferre vult, omnes impensas necessarias partem rei quodammodo constituere & impendenti jus in re tribuere, sed eam sententiam ex illis locis nemo vel fidiculis extorserit. Ut nunc nihil dicam in toto jure generi per speciem derogari, neque speciali Justiniani Constitutioni omnem

omnino

a *l. ult. C. Commodat. l. ult. C. de Compensat.*

b *l. 18. § ult. ff. Commodat. l. 15. §. 2. l. 59. ff. de furt. l. 23. ff. Depos. l. 20. ff. de Acq. vel am. pos.*

c *l. 15. § 7. ff. de furt.*

d *l. 59. ff. eod.*

e *l. un. § taceat 5. C. de Rei Ux. act.*

f *l. 38. & 39. ff. de pet. hered.*

g *Wissenb. ad d. l. 11. C. depos.*

omnino retentionem in deposito prohibenti, alia generaliora, aut de aliis contractibus agentia loca officere posse. At inquiunt porro, de impensis necessariis & quæ contrario judicio peti possunt, hoc actum videtur inter deponentem & depositarium ut retineat. Imò Justinianus contrarium judicat, dicitque hoc non agi inter contrahentes in deposito, ut inconcessa retentio oriatur. Et reverâ hoc non agitur: licet enim id agi concedamus ut custodi impensa & damnum occasione custodiæ acceptum resarciatur, eamque pecuniam repetat, non tamen protinus agitur ut rem custodiendam retinere possit. Denique ajunt, Justinianus negat compensationem & retentionem ob depositarii perfidiam, quæ nulla apparet ubi res retinetur ob impensas? Imo vero perfidia summa est, ubi quis se custodem tantum futurum pollicetur & postea jure Domini aut creditoris rem retinere satagit. Et cur magis perfidus judicandus esset, qui rem retinet obtentu rei à se depositæ, necdum redditæ, quam qui retinet ob impensas in rem depositam factas forte non satis liquidas? Annon uterque retinendo id facit, quod neque ab initio convenit, neque est custodis, neque permittit Justinianus? cujus ex sententia quid sit perfidia modo plenius explicuimus. Cæterum, contra quam vulgus solet, curate distinguendum est in hâc quæstione, inter causas retentionis, inter depositum & alia negotia, inter retentionem & compensationem & forte inter jus vetus & novum. Neque enim illud quod Justinianus de deposito manifestè constituit, jure veteri & anteriori tam expresse sancitum legimus: Et quanquam à generalibus responsis Jurisconsultorum non aliena videri hæc posset sententia, retentionem illam depositario permittens, aliud tamen sanxit Justinianus, cui non est novum si probatam veteribus retentionem, ipse ob favorem causæ improbet. Sic enim & maritus jure Pandectarum varias ob causas dotem retinendi habebat facultatem [a]. Illam vero Justinianus post mirum in modum restrinxit cum ait [b]: *Taceat in retentionem verbositas. Quid enim opus est inducere ob mores retentionem alio auxilio ex constitutionibus introducto? vel ex qua causâ ob res donatas retentio introducatur, cum sit donatori facultas per actionem in rem directam, vel per utilem, vel per condictionem suo juri mederi?* Hæc ratio uti in deposito quoque eodem jure valere potest, & debet, ita hinc quoque probabilius fit, constitutionem Justiniani,

a *l. 5. pr. ff. de impens. in res dot. l. 7. § 1. ff. solut. mat. l. 25. eod.*

b *l. un. §. taceat 5. C. de rei ux. act.*

omnem

omnem ibi retentionem indistinctè prohibentem, indistinctè accipiendam esse nec aliam legislatoris mentem fuisse.

Restat nunc ut videamus quænam obligatio & actio ex sequestratione oriatur, qua de re interpretes quoque diversum sentiunt. Sed demonstratâ satis naturâ sequestrationis, firmataque sententiâ qua sequestratio etiam necessaria species depositi adeoque contractus nominatus, & utrumque contrahentium obligans asseritur, & negotii hujus indoles, & ipsa juris analogia satis innuere videtur, hinc obligationem principalem & minus principalem, & ex illa actionem directam, ex hâc contrariam, non aliter atque ex ipso deposito, cujus species est, nasci. Unde Justinianus in genere ex *omni* deposito actionem depositi dari[a], Ulpianus nominatim sequestrem *depositi actione* teneri[b] & Pomponius[c] cum sequestre *actione depositi* sequestrariâ rectè agi pronunciant. Ex quibus consequitur has actiones ejusdem ferme naturæ esse cum actionibus depositi supra descriptis. Nam ex eodem contractu veniunt, & rem persequuntur, & bonæ fidei, & perpetuæ sunt, & ad heredes transeunt[d]. Ratione rerum controversarum & personarum tamen nonnihil speciale habent. Datur enim actio depositi sequestraria directa Victori, vel illi litigantium, qui ut sibi soli restituatur obtinuit, adversus sequestrem, sive publica sive privata sit persona, ad rem litigiosam depositam finitâ lite restituendam cum omni causâ[e], nec non præstandum si quid nominatim promisit.[f] Contraria actio sequestraria datur ipsi sequestro, ad repetendum sumptus damnaque, si quid horum occasione sequestrationis fecit passusve est. Neque enim ratio juris patitur ut ei officium suum sit damnosum[g]. Neque naturâ æquum est ut deponentes aut litigantes cum detrimento sequestri lucrentur sumptus impensasve[h]: id quod minimè quoque natura depositi cujus sequestratio est species patitur. Quæritur autem an sequester officium suum nonnisi hâc intentatâ actione deponere possit? sic videtur Gœddeo[i] authoritate moto legum, quæ Prætoris cognitionem ad hoc requirunt[k], cujus necessitatem nemo facile negaverit. Illam tamen cognitionem non tantum institutâ actione, sed & ad extraordinariam persecutionem fieri posse, imo hoc posteriori modo potius fieri debere, juri convenientius est. Certè jure veteri ad hoc judicem pedaneum formulamque actionis impetratam fuisse, haud

a § 3. *Inst. quib. mod. re contra. obl.*
b *l. 5. § 1. ff. Depos.*
c *l. 12. § 2. ff. eod.*
d *1. d. l. 5. & l. 12. & d. § 3. § 2. & 2. Inst. de perp. & temp. act.*
e *d. l. 5. § 1. l. 12. § 2. l. 1. § non possumus & seqq. ff. depos.*
f *d. l. 5. § 1.*
g *l. 61. § 5. ff. de furtis l. 7. ff. test. quem p. 2.*
h *l. 17. ff. de cond. indeb.*
i *disp. de sequest. thes. ult.*
k *l. 5. § ult. ff. depos. l. Lucius ff. Mandat.*

haud sit verisimile. Atque ex his etiam liquet errare Curtium [a], Baldum aliosque [b] putantes actionem præscriptis verbis & doli mali contra sequestrem competere. Cum enim sequestrationem contractum nominatum esse probaverimus, consequitur nominatam ordinariamque actionem inde competere, quo casu neutram superiorum locum habere posse tralatitium est. Frustra his dissentientes objiciunt locum Ulpiani quo ait [c]: *si oleum tuum quasi suum defendat Titius, & tu hoc oleum deposueris apud Sejum, ut is hoc venderet & pretium servaret, donec inter vos dijudicetur, cujus oleum esset, quoniam neque mandati, neque sequestraria Sejum convenire potes, nondum impletâ conditione depositionis, de dolo adversus Titium agendum. Sed Pomponius libro 27. posse cum sequestro præscriptis verbis actione agi, vel si is solvendo non sit, cum Titio de dolo, quæ sententia vera videtur.* Nam hic quidem textus manifestissime ostendit & sequestrationem esse depositionem, & hinc nasci actionem nominatam sequestrariam, dummodo conditio sequestrationis impleta sit. Cum vero conditio non est impleta, hoc est, cum non est lis finita, non potest videri competere sequestraria, uti nec aliæ actiones possunt competere conditione deficiente, sed tamen quia hoc casu finis litis dolo & contumacia Titii litigatoris impediretur, neque æquum esset, si alter litigantium qui rem sequestro posuerat, sic suo defraudaretur jure, quærendum fuit remedium, quo ei consuleretur. Itaque justissimè deventum est ad actionem præscriptis verbis, quæ sæpissimè solet dari etiam ex nominatis contractibus, iis casibus, quibus ordinaria actio vel nullum vel dubium saltem potest sortiri locum [d]. Quod si sequestri inopia hanc actionem inanem redditura esset, tum actione de dolo: (quæ datur cum cæteræ omnes deficiunt:) experiundum esse, JCtus juxta communes regulas juris pronunciat. Nihil etiam juvat dissentientes locus Papiniani, qui pecuniam sponsionis causa datam actione præscriptis verbis petendam esse ait [e]: nec Ulpiani; quo eadem actione utendum vult, *si apud te pecuniam deposuerim ut dares Titio si fugitivum meum redemisset nec dederis, quia non reduxit* [f]. Non enim loquuntur de propriâ sequestratione, aut depositione, sed de negotiis ex quibus sequestraria actio vel prorsus non potuit competere, vel dubium fuit valde an posset?

a l. 2. de sequestr. n. 28.
b ad l si oleum ff. de dol. mal. & l. si gratuitam § fin. l. seq. ff. de præsc. verb.
c l. 9. § si oleum 3. ff. de dolo mal.
d l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. l. 50. ff. de contr. empt. l. 4. & 21. ff. de præsc. verb.
e l. 17. ff. de præscr. verb. in fin.
f l. 18. ff. eod.

CAP.

betur pro possessore, ad securitatem autem possidet creditor qui limitatæ possessionis terminos excedens, re oppignoratâ utens, non dubium est, quin furtum faciat [a]. Multo minus dominium sibi arrogare potest, adeo, ut pacto commissorio in hoc contractu locus sit nullus, qua de re ita Imp. Constantinus ad populum: *Quoniam inter alias captiones præcipue commissoria pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam, & in posterum omnem ejus memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quæ cum præteritis præsentia quoque repellit, & futura prohibet. Creditores enim re amissa jubemus recuperare quod dederunt* [b]. Omnem itaque legem commissoriam, hoc est omne pactum quo cavetur ut si ad diem certam pecunia soluta non sit, creditor pignus sibi habeat ut dominus, tam præteritum quam præsens & futurum prohibet legis hujus lator, ob nimiam asperitatem sive iniquitatem, quæ foret, si pro ære modico Creditor dominium rerum multo pretiosiorum (ut pignori supponi solent) consequeretur. Sed jubentur creditores *re amissâ*, hoc est restitutâ re oppignoratâ (quæ impropriè dicitur amissa çum ex pacto commissorio videbatur creditori acquisita) *recuperare quod dederunt*, id est recipere pecuniam creditam. Huic constitutioni non magis renunciari quam illegitimas usuras promitti posse, haud temere concludunt interpretes, quamvis jure Pontificum jurisjurandi religio ejusmodi renunciationem firmet [c] Ipsa autem ratio hujus legis aliaque haud obscura juris loca satis evincunt, posse pignus in solutum dari [d] ratumque esse pactum ut justo pretio pignus sit venditum creditori [e]. Cujacius [f] eumque secutus Wissenbachius & alii, putant novum hoc esse jus Constantini, & jure Pandectarum locum fuisse legi commissoriæ in pignoribus, quod tamen dubium videtur, cum quibus nituntur Pandectarum loca [g] non satis rem hanc definiant. Ipsa tamen constitutio Constantini indicat, jus hoc ante saltem non adeo certum receptumque fuisse. Quemadmodum autem creditor pacto commissorio dominium pignoris acquirere nequit, ita jure quoque improbatur pactum, quo omnis securitas creditori adimitur, quale est si paciscantur de pignore nunquam distrahendo. Quæ enim securitas esset creditoris, si nunquam solvente debitore pignus nunquam distrahere posset? Etsi itaque nihil conventum sit de distrahendo pignore, tamen vi ipsius negotii in securitatem suam contracti distrahere poterit. Sed etsi conventum sit ne distrahat, nihilominus

a § 6. Inst. de Obl. quæ ex del. nasc.

b l. fin. C. de pact. pign.

c C significante ext. de pignor.

d l. 13. ff. de pignor. § 2. l. 34. ff. de pign. act.

e l 16 § ult. ff. de pignor. d. l. 34.

f ad lib. 2. sent. Paul. tit. 13.

g l. ult. ff. de Contr. empt. l. 9. § 1. ff. de pign. act.

lominus distrahere poterit, dummodo id tertiũ denunciet debitori, de quo sic Ulpian. *Sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen jure utimur ut liceat distrahere ei, si modo non convenit ne liceat. Ubi vero convenit ne distraheretur, creditor si distraxerit furti obligatur, nisi ei ter fuerit denunciatum ut solvat & cessaverit* [a]: qui locus manifestè arguit errorem Pinelli [b] putantis iniri posse pactum ut distractionis effectus penitus tollatur. constat etiam hinc commentum esse quod communis Doctorum schola post denunciationem biennium cessari vult, antequam pignus distrahatur. Certè biennii ejus mentionem neque hæc neque ulla alia facit lex, & ἀλλότρια prorsus sunt, ex quibus id elicere satagunt loca [c]. Porro securitatem hoc in negotio tantopere necessariam minimè præstat qui rem alienam pignori dat. *Nexum* (inquiunt imperatores [d]) *non facit prædiorum, nisi persona quæ jure potuit obligare*, i.e. Prædia pignori nemo rectè supponit, nisi qui jus ea obligandi habet veluti Dominus similisve. Alienarũ rerum prohibita est alienatio, & oppignoratio [e], quæ certissima regula est, obnoxia tamen aliquot exceptionibus, quarum prima est si voluntate Domini res aliena oppignoretur, de qua Paulus ait [f]: *Aliena res pignori dari voluntate Domini potest. Sed etsi ignorante eo data sit, & is ratum habuerit, pignus valebit.* Altera exceptio est, si res aliena Domino in fraudem creditoris jus suum dissimulante oppignorata sit [g]. Tertia: Si is qui pignoravit rem alienam postea Dominus esse cœperit [h]. Ratio exceptionum est, quod hisce casibus non impeditur securitas creditoris, siquidem Dominus vel propter assensum, vel propter fraudem rem evincere nequit. Sed cum dicat Paulus hoc pignus valere, quæri posset an si simpliciter & salvo jure Domini res pignorata sit, pignus prorsus non valeat? sive an contractus sit nullus? quod nulla ratione affirmari potest, siquidem & creditor adversus debitorem & hic adversus illum actionem ex eo consequitur, sicuti mox, ubi de obligatione agemus, plenius dicetur. Quando autẽ quæstio de re aliena non hujus tantum negotii aut loci est, sed & in multis aliis occurrit, non abs re fuerit eam heic paulo curatius finire cum Bachovio Hahnioque [i], secundum quos triplex fere consideratio est negotiorum in quæ venit res aliena. Primum genus admittit ita alienam, ut qui eam dedit, minimè satisfecerit obligationi, sed eo nomine conveniri possit; quò spectat contractus pignoris, actio ex testamento. Adque hoc genus rectius Bachovius quam Hahnius ad postremum refert

permu-

a *l. 4. ff. de pign. act.*
b *in l. 2. C. de Resc. Vend. p. 2. C. 2. n. 5.*
c *l. ult. C. de jur. dom. impet.*
d *l. ult. C. si res aliena pig. data sit.*
e *l. ult. C. de reb. alien. non alien.*
f *l. 20. ff. de pign. act.*
g *l. 2. si res alien. pign. dat. sit.*
h *l. 5. C. eod.*
i *ad tit. ff. de Commodato.*

permutationem & stipulationem dandi. Nam si constet in permutatione rem alienam esse datam, etiam ante evictionem ad interesse agi poterit [a]. Unde constat, obligationem ex eo negotio esse natam, sed ei minimè satisfactum. Idem de dandi stipulatione dicendum [b]. Cur enim non conveniatur ex stipulatu, qui rem dare pollicitus, eam præstitit, quam dare nequit? Secundum genus est eorum negotiorum, in quibus dans rem alienam satisfacit obligationi quoad pertinet emptio venditio. Neque enim emptor ob rem alienam de evictione agere potest, eâ nondum evictâ [c]. Eodem pertinet depositum, locatio, commodatum [d]. Sed & mulier rem alienam in dotem dans soluto matrimonio eandem repetit ut suam [e]. Tertium genus est eorum contractuum, qui ita respuunt rem alienam, ut nulla inde obligatio nascatur ut mutuum. *Nam in mutui datione oportet dominum esse dantem* teste Ulpiano [f]. Ratio, quia dominium rei creditæ debet transferre ad accipientem, si non transfert, adeoque ipse dans contractum non implet, non poterit sibi obligare accipientem, neque ex hoc contractu debitor accipiens poterit agere contra creditorem ad interesse, quia negotium est μονόπλευρον nullaque inde debitori nascitur actio, adeoque nulla hoc casu obligatio, quod tamen suam quoque recipit limitationem. Non tantum enim mutuum ab initio non consistens sæpe reconvalescit, vel propter conditionis eventum [g], vel si dominium rei mutuatæ post adipiscatur creditor [h], vel si Dominus pecuniæ mutuæ ratum habeat [i], mandetve creditori suas actiones [k], sed etiam cum debitor pecuniam alienam usucepit [l] aut consumpsit, qua de re Ulpianus [m]: *Nam etsi fur nummos tibi credendi animo dedit, accipientis non facit, sed consumptis eis nascitur condictio. Unde Papinianus libro octavo quæstionum ait, si alienos nummos tibi mutuo dedi, non ante mihi teneris quam eos consumpseris: quod si per partes eos consumpseris, an per partes tibi condicam, quærit? & ait condicturum, si admonitus alienos nummos fuisse, ideo per partem condico quia nondum totos consumptos compereram.* Ergò stricto jure ex mutuo rei alienæ, neque obligatio neque condictio nasci potest: utilitatis sive æquitatis tamen causa receptum est, ut contractus ab initio vitiosus dictis casibus reconvalescat, & propter consumptionem, obligationem pariat creditori, quia pecunia à debitore consumpta ei tantum usum præstitit, quantum præstitura fuisset propria creditoris. Unde minime iniquum est, si tantundem red-

a arg. l. 1. § 3. ff. de rer. permut. l. 1. in fin. C. eod.
b arg. l. 75. §. fin. ff. d. V. O.
c l. 3. 18. 24. C. de evict.
d l. 31. ff. depos. l. 7. ff. locat. l. 15. l. 16 ff. Commodat.
e l 11. ff. solut. Matr.
f l. 2. §. 4. ff. de R. Cred.
g l. 7. & 8. ff. de R. C.
h d. l. 8. in fin.
i l. 6. ff. de Cond. indeb.
k l. 2. C. de reb. Cred.
l l. 15. § 1. ff. de Cond. indeb.
m l. 13. ff. de R. C.

dat creditori quantum redditurus fuisset si propriâ ejus accepisset. Alia ratio est cum pecunia nondum consumpta est & à Domino vindicari potest. Quid ergo si Dominus non vindicet extantem pecuniam, annon Creditor habebit condictionem certi ex mutuo? nequaquam: quia contractus non est perfectus, quare etiam nulla inde obligatio aut actio Poterit tamen creditor eo casu condictione indebiti repetere possessionem numnôrum illorum teste Paulo[a]. Sed è diverticulo revertimur ad definitionem nostram in quâ porro fit mentio *Crediti*, quam vocem generalissimam esse aliàs observatum nobis est. Hoc loco significat quoque pignus generaliter omni obligationi sive naturali, sive civili accedere, de quo Marcianus sic differit: *Res hypotheca dari posse sciendum est, pro quacunque obligatione, sive mutua pecunia datur, sive dos, sive emptio vel venditio contrahatur, vel etiam locatio aut conductio, vel mandatum, & sive pura est obligatio vel in diem vel sub conditione, & sive in præsenti contractu sive etiam præcedat; sed & futuræ obligationis nomine dari possunt: sed & non solvendæ omnis pecuniæ causâ, verum etiam de parte ejus, & vel pro civili obligatione, vel honorariâ vel tantum naturali. Sed & in conditionali obligatione non aliàs obligantur nisi conditio extiterit*[b]. Exceptio tamen est in eâ obligatione, quæ est prorsus inefficax propter obstantem exceptionem. Hinc si deferente creditore debitor juravit se dare non oportere, vel si debitor à Judice licet per injuriam absolutus sit, pignus liberari Tryphoninus respondit[c]. Dicit definitio *soluto debito*. Neque enim ante solutionem debitor pignus repetere potest. Unde Ulpianus ait: *Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pigneratitia actio*[d]. & paulo post: *Qui ante solutionem egit pigneratitiâ, licet non recte egit, tamen si offerat in judicio pecuniam, debet rem pigneratam & quod suâ interest consequi*[e]. Hinc Perezius, Wissenbachius[f], Gailius[g] & communis Pragmaticorum schola concludunt, actionem pignoratitiam non statim perfecto contractu, sed demum oblato debito nasci, quod tamen haud temere improbat Bachovius, mandatum esse dicens, si actio non ex contractu sed oblatione nasci dicatur. Equidem rem penitus inspicienti liquet, perfecto contractu perfici obligationem ex eaque nasci actionem. Unde actionem heic statim natam esse dici potest: sed quemadmodum dies aliudve effectum obligationis actionisque sæpe impediunt, ita ex naturâ hujus negotii

a l. 15 § 1. ff. de Cond. indeb.

b l. 5. ff. de pig. & hyp.

c l. 13 ff. Quib. mod. pign. vel hyp. solv.

d l. 9. § 3. ff. de pign. act.

e § ult. ead. l.

f disp. jure Civil. pag. 250.

g 2. obs. 18.

gotii actio cum effectu intentari nequit: neque debitor bonâ fide experiri antequam debitum solutum, aut eo nomine satisfactum. Cum enim in securitatem crediti datum sit pignus, idque actum, ut ni solutio fiat, creditor pignus distrahat, certè doli mali exceptione removeri poterit debitor, si ante agat. Atque hinc Ulpianus non negat eum ante agere posse, sed recte agere negat: & Marcianus dicit: *Si pecuniam debitor solverit, potest pignoratitiâ actione uti*: Non dicit pignoratitiam tum demum nasci, sed tum demum actionis natæ usum esse; quare haud mirum est Ulpianum actionem nasci dicere, quæ ante cum effectu nata non erat, quod JCtis frequentissimum est. Sed dicas quid interest an actio non dicatur nata, an vero nata sed absque effectu. Imò verò multum interest, etsi enim pignus repetendum nihil efficiat, alia tamen quæstio est de præscriptione. Gravissima enim controversia est, num debitori pignus reluere volenti obstare possit 30. annorum præscriptio. Negant id fere uno ore pragmatici, eaque sententia variis præjudiciis jam in foro firmata, quin & nonnullis in locis jure Municipali speciatim confirmata est, uti ex Gailio [a], Minsingero [b], Wesembecio [c], Klockio [d], Gœdæo, aliis constat. Rationes eorum sunt 1. quod actio, quâ repetitur pignus nondum sit nata teste Ulpiano. 2. Quod hic non tam de actione quam merâ facultate, sive legitimâ facultate agatur. 3. Quod creditor alieno nomine possideat. Verumenimvero qui hæc ad trutinam juris Civilis Romani revocaverit, facile reperiet parum consentanea. Secundum hoc enim omni non tantum actioni, sed & juri præscribitur [e]. At vero jus reluendi etiam jus est & quidem ex contractu natum, & remedium illud quo creditor cogitur ad recipiendum creditum & restituendum pignus, certè actio est cui præscribitur, si omni actioni & juri præscribitur. Quid? juri offerendi quo creditor posterior priori offert debitum juris sui confirmandi causâ præscribi, expressâ constitutione sancitum [f]. Quidni ergò & juri debitoris? Et cum fundamentum præscriptionum sit ut tandem aliquis sit litium finis & socordia quodammodo coërceatur eorum qui tanto temporis intervallo res actionesque suas negligunt, quidni debitor sibi quoque imputet quod tamdiu exspectaverit? Sententiam hanc pluribus adstruunt Bachovius [g], Gœhausen [h], Wesembecius [i], aliique ipsis citati. Neque hisce officiunt rationes ante in contrarium adductæ: Non

a 2 obs. 18.
b 1 obs. 16.
c Paratit. ff. de Usuc.
d Votor. Cam. relat. 1. n. 197. relat. 3. n. 53. relat. 102. n. 29
e l. 3. & 4. C. de præsc. 30. vel 40. annor. l. 1. C. de annal. except.
f l. 7. § 3. C. de præsc. 30. annor.
g ad Treutl. vol. 2. disp. 1. thes. 10. lit. b.
h peric. Ac. part. 3. q. 17.
i Vol. 1. consil. 2. & cons. 8.

prima, quia jam conſtat actionem natam eſſe, nec actioni tantum, ſed & juribus præſcribi: non ſecunda, quia principium illud de rebus meræ facultatis domi ſuæ controverſum eſt, nec uti vulgo extenditur cum jure Romano magis convenit quam ipſa ſententia de non præſcribendo juri reluendi: denique nec tertia, quia hic non agitur de uſucapione, ſed præſcriptione, in quâ non reſpicitur jus poſſeſſoris, ſed tantum negligentia actoris per longiſſimum tempus. Cæterum receptam illam ſententiam temperat variis diſtinctionibus Antonius Teſſaurus in deciſionibus Pedemontanis [a]. Et memorabile eſt, quod cum de pace Imperii Monaſterii ageretur atque à nonnullis poſtularetur ut debitoribus expreſſâ ſanctione caveretur ne de jure reluendi antiquas hypothecas controverſia fieret, nihil fere ea de re deciſum, ſed quæſtio illa ad ordinarium judicium remiſſa fuerit; verba tabularum pacis Cæſar. Succ. artic. v. verſ. IX. ſic habent: *Quæ vero bona ſtatus Imperii ſibi invicem pignoris jure ante hominis memoriam obligaverunt, in iis reluitioni aliter locus non detur, niſi poſſeſſorum exceptiones & merita cauſarum ſufficienter examinentur.*

a Deciſ. 157.

Denique dicitur in definitione, *in ſpecie reſtituendam.* Hæc eſt natura hujus negotii ut res ipſa oppignorata in ſpecie reſtituatur, cum tantum ſecuritatis cauſâ apud creditorem ſit. Aliquando tamen contingit ut non eadem res ſed vel aliud vel nihil reddatur, ſi forte diſtracta ſit vel aliud intervenerit; quâ de re occaſione obligationis ex hoc contractu naſcentis nunc plenius dicemus.

§ 2. Eſt autem illa obligatio duplex, alia principalis, alia ſecundaria. Principali tenetur creditor non tantum ad rem ipſam (ni debitum ſolutum aut eo nomine ſatisfactum eſt) reddendam [b]; ſed & ad omnia commoda, uſuras & acceſſiones rei [c], denique ad præſtandum dolum, latam & levem culpam: quod ratio (ſcilicet quia hoc negotium utriuſque contrahentis nomine geritur) & plurima juris loca manifeſtiſſimum reddunt [d]. Hoc cum totius juris analogiæ convenientiſſimum omniſque dubii expers ſit facile intelligitur commodâ interpretatione juvanda eſſe loca quæ contrarium velle videntur. Hinc cum Impp. dicunt, Creditorem *non tantum dolum & culpam ſed & cuſtodiam præſtare* [e], certum eſt eos per cuſtodiam, non exigere præſtationem culpæ leviſſimæ (quæ quidem iſthoc verbo alias ſignificatur) ſed tantum ſtudium boni & diligen-

b l. 19. & 35. ff. de pign.
c l. 6. in fin. ff. eod. l. 22. § 2. ff. l. 1. 2. 3. C. eod.
d § ult. Inſt. quib. mod. re contr. obl. l. 5. § 2. ff. Commodat. l. 9. § 5. ff. de reb. auth. jud. poſſid. l. 18. in fin. princ. ff. Commod. l. 23. ff. de R. I.
e l. 19. C. de pignor.

tis

tis patrisfamilias [a]. Et quod Ulpianus dicit: *venit in hac actione dolus & culpa ut in commodato venit & custodia, vis major non venit.* Minime accipiendum, quasi quod ad species culpæ attinet, pignus & commodatum comparare, & in hoc uti in illo levissimam exigere vellet, sed intelligenda potius comparatio de genere, & custodia iterum de diligentis patrisfamilias officio. Atque ita acceptam fuisse hanc legem juris authoribus docet lex subjecta ex Paulo. *Ea igitur quæ diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet, à creditore exigentur,* quibus certè culpa levissima non intelligitur, cum ea diligentissimo opponi soleat. Sed præterea valde dubito, an verba illa Ulpiani: *venit in hac actione,* ad actionem pignoratitiam directam pertineant, an potius ad actionem in factum vel venditi cessam, de quibus in præcedentibus egerat; cum non sit probabile libro octavo trigesimo ad Edictum, unde locus ille sumptus est, Ulpianum de pignoratitiâ actione ejusque naturâ ex professo egisse, quod ex plurimis Pandectarum locis [b] planum fit. Neque obstat quod Justinianus à Præstatione creditoris excludit tantum casum [c]. Minimè enim hoc ipso culpa levissima includitur quæ una cum casu potest censeri exclusa cui proxima est, eamque ob causam sæpe pro culpa non habetur [d]. Atque hæc quidem obligatio principalis ita se habet cum pignus distractum non est. Si vero creditor pignus vendiderit, tum enim obligatur 1. ad præstandum omne damnum si non bona fide versatus sit [e]. 2. ut restituat superfluum pretii [f], & 3. ad præstandam usuram superflui, quâ de re Pomponius ait: *Si creditor pluris fundum pignoratum vendiderit, si id fæneret, usuram ejus pecuniæ præstare debet ei qui dedit pignus: sed etsi ipse usus sit eâ pecuniâ, usuram ejus præstari oportet: quod si eam depositam habuerit, usuram non debet* [g]. Et Paulus ait: *Si autem tardius superfluum restituat creditor, id quod apud eum depositum est, ex morâ etiam usuras debitori præstare cogendus est* [h]. Ex quo luculenter constat usuram superflui non præstari, si id in deposito maneat, sive solius custodiæ causâ apud creditorem sit. Hoc enim casu cessant rationes, scilicet usus & mora ob quas usuræ hæ præstantur: quibus minimè obstat rescriptum Severi & Antonini illud: *Usuras emptor cui possessio rei tradita est, si pretium Venditori non obtulerit, quamvis pecuniam obsignatam in depositi causam habuerit, æquitatis ratione præstare cogitur* [i]. Nam, ut rectè observant Gothofredus, Bachovius aliique, hoc loco non

fit

[a] l. 14. l. 22. ff. de pign. act.
[b] l. 6. 10. 12. ff. de Cond. furt. l. 2. 13. 15. ff. de oper. libert. l. 12. ff. de publ. & Vectig. l. 6. ff in gen. dic. pluraque vide in Labitt.
[c] § ult. Inst. quib. mod. re cont.
[d] l. 28. C. locat. § 5. Inst. de locat. l. 4. C. de peric. tut.
[e] l. 1. & 4. C. si Vendit. pign. ag.
[f] l. ult. C. eod. l. ult. C. de distr. pig.
[g] l. 6. § 1. ff. de pign. act.
[h] l. 7. eod.
[i] l. 2. C. de usur.

fit sermo de vero deposito, quod alioquin excusationem præstat à solutione usurarum, sed de proposito & voluntate deponendi, quæ quamdiu nondum in actum deducta est, excusationem haud præstat. At hic quæritur, Si creditor pluris quidem vendiderit pignus, emptor vero pretium non solverit, an creditor pignoratitiâ directâ conveniri possit ad præstandum solidum pretium? Varia juris loca [a] atque ipsa æquitatis ratio volunt sufficere, si culpa vacet creditor & debitori actionem mandet contra emptorem. Moratoris enim factum cur præstet venditor, si per negligentiam manifeste moratori non vendiderit aut culpam admiserit? Hanc rem tamen valde dubiam reddit Papinianus, quando ait [b]: *Creditor judicio quod de pignore dato proponitur, ut superfluum pretii cum usuris restituat, jure cogitur: nec audiendus erit si velit emptorem delegare, cum in venditione quæ fit ex facto, suum creditor negotium gerat.* Bachovius aliique respondent Papiniani sententiam pertinere tantum ad eum casum quo creditor culpâ non vacat, sed vel rem imprudentius vendiderit, vel venditæ pretium in tempore non exegerit, cui quidem conciliationi multum obstat generalis & elocutio, *de venditione*; & ratio, quod suum *creditor negotium gerat.* Sed tamen ferenda potius compositio illa quam præsumendum dissidium inter Jurisconsultos: nisi forte dicendum sit (quod mihi quidem magis placet) Papinianum non tam de periculo, quam molestiâ exactionis loqui, & definire quod creditor qui vendidit, eo casu quo emptor solvendo & interpellatus facile soluturus est, non possit curam illam atque interpellandi operam debitori imponere delegando emptorem, sed quod ipse debeat pretium exigere cum suum negotium gesserit. Quod si tamen Creditor omni operâ adhibitâ nihil ab emptore consequi possit non statim de suo debitori satisfacere debere, sed tum sufficere si deleget emptorem, cum nullâ admissâ culpâ Creditor ad plus præstandum neque ex contractu, neque ex delicto obligatus sit. Quid autem si venditio nulla sit ob defectum solennitatum, quæ tum competet debitori actio? rei vindicatio, cum contractus nullus nihil efficit officiatve debitori. Unde ait Imp. Alexander [c]: *Servos quos nullo jure à creditore venisse dicis, pater tuus, vel tu, si hereditas ejus ad te pertinet, à possessoribus petere potes. Quod si usucapti sunt, petat pater tuus pretium eorum.* Certum ergo est Debitori hoc casu vindicationem competere. At non adeo certum quomodo pater pre-

[a] l. 24. §. 2. ff. de pign. act. l. 9 ff. de distr. pig.

[b] l. pen. ff. de pign. act.

[c] l. 2. C. si Vend. pign. ag.

pretium petere debeat, quod ait Imp. Accurſius ejuſque aſſeclæ putant actione negotiorum geſtorum agendum eſſe: ſed rectius hic ſit locus actioni pignoratitiæ directæ, adverſus creditorem: cum hæc detur ad reſarciendum omne damnum vel levi creditoris culpa datum, & competat etiam cum contractus nullus eſt [a]. Quid vero dicendum ſi res non ſit vendita ſed fructus à creditore percepti? Tum obligatur creditor ad imputandum hos primum in uſuras, deinde in ſortem, denique ad reſtituendum ſuperfluum. De uſuris ait JCtus Florentinus [b]: *Cum & ſortis nomine & uſurarum quid debetur, ab eo qui ſub pignoribus pecuniam debet, quicquid ex venditione pignorum recipiatur, primùm uſuris, quas jam tunc deberi conſtat, deinde ſi quid ſupereſt, ſorti accepto ferendum. Nec audiendus eſt debitor, ſi cum parum idoneum eſſe ſciat, eligit, quo nomine exonerari pignus ſuum malit.* Cujus ſententiæ ratio eſſe videtur, quod cum ipſe debitor hoc caſu non ſolvat, non poſſit aut debeat legem ſolutioni dicere aut arbitrari in quam cauſam ſolutio facta ſit. Alias debitori ſolventi licet exprimere, in quam cauſam ſolutum velit [c], ſi nihil expreſſerit, electio eſt creditoris [d], ita tamen ut ſolutum accipiat, uti illud acceptum vellet ſi debitor eſſet [e]. Hinc ſimpliciter ſolutum fere imputatur in uſuras [f]. De reliquo reſtituendo ajunt Imperatores [g]: *Ex pignore percepti fructus imputantur in debitum, qui ſi ſufficiunt, ad totum debitum, ſolvitur actio, & redditur pignus. Si debitum excedunt, qui ſupererunt redduntur, videlicet mota actione pigneratitiâ.* Cæterum quanquam creditor invitus non poſſit cogi, nec obligatus ſit ad petendum debitum [h]: ſi quidem debitori, ſi moram creditoris non ferat, ſufficit rem deponere ſicque liberari poſſe, tenetur tamen creditor aliquando vendere pignus, vel ſi ipſe nolit vendere, ſaltem pati debitorem vendere. Id enim ratio ab Attilicino flagitare videtur, cui aliqui, non omnes veteres JCti videntur aſſentire voluiſſe, quod facile conſtat ex reſponſo Pomponii [i]: *Quamvis convenerit, ut fundum pigneratitium tibi vendere liceret, nihilo magis cogendus es vendere, licet ſolvendo non ſit is qui pignus dederit: quia tuâ cauſa id cavetur.* (Hucuſque integram hanc legem, quæ vero ſequuntur à Triboniano interpolata, nec creditorem magis cogi vendere pignus, quam cogitur petere debitum, putat ſed haud ſatis probat Bachovius) [k] *At Attilicinus ex cauſâ cogendum creditorem ad vendendum dicit: quid enim ſi multo minus ſit quod debeatur, & hodie pluris venire poſſit pignus quam poſtea? Melius autem eſt dici eum*

- a l. 9. pr. ff. de pign. act. l. pen. eod.
- b l. 35. ff. de pign. act.
- c l. 1. l. 101. l. 102 § 1. l. 5. ff. de ſolut.
- d l. 1. C. de ſolut.
- e l. 1. l. 2. ff. eod.
- f l. 5. l. 18. ff. de ſolut.
- g l. 1. C. de pign. act.
- h l. 20 C. de pignor.
- i l. 6. pr ff. de pign. act.
- k de pignor. p. 280.

Ff qui

qui dederit pignus posse vendere & acceptâ pecuniâ solvere id quod debeatur: ita tamen ut creditor necessitatem habeat ostendere rem pigneratam si mobilis sit, prius idonea cautela à debitore pro indemnitate ei praestandâ. Invitum enim venditorem cogi vendere satis inhumanum est. Denique creditor debitori obligatus est ad omne præstandum, quod occasione pignoris consecutus est. Nam Triphoninus ait [a]: *Certè ex occasione ejus (debitoris) redactum id pretium, aquius proficeret debitori, quam creditoris lucro cederet.* Unde consequitur omnes actiones occasione pignoris acquisitas à creditore, debitori cedendas esse [b], licet ex proprio pacto quæsiverit. De quo Ulpianus ait [c]: *Si cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum & emptorem, ut si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam: scripsit Julianus & est rescriptum, ob hanc conventionem pigneratitiis actionibus teneri creditorem ut mandet ex vendito actionem adversus emptorem, sed & ipse debitor aut vindicare rem poterit, aut in factum actione adversus emptorem agere.* Quare etiam minimè dubitandum actionem furti quoque ita cedendam esse, quamvis ipse creditor quoque furti agere possit, de quo Ulpianus ait [d]: *si pignore surrepto furti egerit creditor, totum quicquid percepit debito eum imputare Papinianus confitetur & est verum, etiamsi culpâ creditoris furtum factum sit. multo magis hoc erit dicendum in eo quod condictione* (scilicet furtiva quæ datur ad repetendam rem vel pretium quanti res fuit plurimi [e]) *consecutus est. Sed quod ipse debitor furti actione praestitit creditori* (puta si rem à se pignoratam abstulerit creditori suæque rei furtum fecerit debitor) *vel condictione, an sit imputandum videamus. Et quidem non oportere id ei restitui, quod ipse ex furti actione praestitit, peraeque relatum est & traditum.* Ratio hujus sine dubio est odium furum [f]. Atqui quod conductor actione furti consequitur non præstat locatori, nec commodatarius commodanti, uti ex variis Juris locis manifesto constat [g], quæ ratio diversitatis? Accursius aliique inde diversitatis rationem petunt quod commodatarius & conductor habent usum, de eoque interverso conqueri possunt; creditor autem non item. Hoc si sic est, consequitur lucrum hoc per dictas leges spectare tantum ad conductorem rerum, qui mercedem præstat, non verò ad conductorem operis, qui diverso respectu locator & conductor dicitur; quâ tamen distinctionem jus civile haud videtur agnoscere. Movet hunc scrupulum sed non removet Bachov. [h]. Difficultas tamen non adeo magna est, ubi lex

a l. 12 § 1. ff. de distr. pign.
b l. 24. § 2. ff. de pign. act.
c l. 13. ff. eod.
d l. 22. ff. de pign. act.
e l. 13. ff. de Cond. furt.
f § 14. Inst. de act.
g l. 6. ff. locat. l. ult. § 3. C. de furt.
h de pignor. pag. 471.

lex clara & manifesta definit, quid in creditore quidque in commodatario & conductore servari velit. An autem ratio legis tam latè se protendat, quam ejus dispositio, de eo non tam anxiè laborandum, *ne* (ut ait Neratius a) *multa ex iis quæ certa sunt subvertantur.* a l. & idem 21 ff. de l.
Et fortè satis generalis differentiæ ratio est, quod natura finisque pignoris sit, ut creditori sola securitas & nullum præter securitatem lucrum accedat, quodque aliud velit natura locati & commodati. Cæterum pro consequendis illis quæ modo diximus ex obligatione hâc principali creditori nascitur actio pignoratitia directa.

§ 3. Minus principalis obligatio autem est, quâ debitor obstringitur creditori 1. ad præstandum defectum rei oppignoratæ propter quem creditor finem pignoris scilicet securitatem crediti assequi nequit, fortè si res aliena, vel alteri pignorata, vel in publicum obligata, pignori data sit, de quo Paulus ait: *Contrariam pigneratitiam creditori actionem competere certum est. Proinde si rem alienam, vel alii pigneratam, vel in publicum obligatam dedit, tenebitur: quamvis & stellionatus crimen committat. Sed utrum ita demum si scit, an etsi ignoravit? Et quantum ad crimen pertinet, excusat ignorantia* (quia dolus abest) *Quantum ad contrarium* (pigneratitium) *judicium, ignorantia non excusat* (quia ex naturâ contractus quisque obligatus est talem rem pignori dare quæ securum creditorem reddere possit.) *Sed si sciens creditor accipiat, vel alienum vel obligatum, vel morbosum, contrarium ei non competit* [b]. Quia scilicet tacitè securitati suæ renunciasse videtur, quomodo vel totum jus pignoris remittere potest [c]. Dictum autem illud Pauli plurima quoque alia juris confirmant loca [d], inter quæ dignus observatu est ille Ulpiani, quo ait: *Si quis in pignore pro auro æs subjecisset creditori, qualiter teneatur quæsitum est? In quâ specie rectissimè Sabinus scribit, si quidem dato auro æs subjecisset, furti teneri* (Sic debitorem furtum rei suæ committere alio loco ait Justinianus [e].) *Quod si in dando æs subjecisset, turpiter fecisse, non furem esse. Sed & hic puto, pigneratitium judicium locum habere & ita Pomponius scribit. Sed & extra ordinem stellionatus nomine plectetur, ut est sæpissimè rescriptum* [f]. Ex quo intelligitur obligari debitorem non tantum ob defectum pignoris qui securitatem crediti impedit, sed & ob eum, qui minorem eam talemve non sinit esse, qualem debitor ab initio offerre videbatur.

b l. 16. § 1. ff. de pign. act.
c l. 2. ff. de pact.
d l. 9. ff. de pig. act. l. 6. C. si res alien. pign. dat.
e 10. Inst. de obl. quæ ex del. nasc.
f l. 36. pr. ff. de pign. act.

2. Debitor obligatione hac minus principali tenetur Creditor reddere pignus, si ejus fortè usum precariò rogavit. Unde Ulpianus ait: *si post distractum pignus, debitor qui precario rogavit vel conduxit pignus, possessionem non restituat, contrario judicio tenetur.* Dicit *post distractum* exempli loco: non autem ut excludat casum quo pignus distractum non est. Nam & ante distractum pignus debitorem eodem modo obligari ratio juris dictitat, uti rectè observat Glossa. Audacior autem est Hottomannus quem ferè sequi videtur Gothofredus contra authoritatem Florentini aliorumque Codicum pro *distractum* reponens *contractum*, sine necessitate, cum & post distractum pignus debitor ad interesse obligetur, si possessionem pignoris quam ante accepit, non restituerit. De re ipsa restituendâ poterit etiam teneri interdicto de precario, nec non interdicto unde vi, pro re nata. Dicit *precario rogavit*; Re etenim pignori datâ, possessio naturalis transit ad creditorem, ut ante nobis observatum est. Ea res efficit, ut quanquam creditor ipse usum pignoris non consequatur, debitor tamen eo quoque uti non possit, nisi usum illum precario vel alias ex concessione creditoris impetraverit, quod certissimi juris est Romani. Hebræis autem (fortè & aliis) receptum fuit ut creditor pignoris non denegaret usum diurnum debitori, qui rem quotidie restituebat [a].

[a] *Exod.* 22. *vers.* 19.
[b] *l.* 8. *pr. ff. de pign. act.*

3. Debitor obligatur creditori restituere impensas necessarias & modicas [b]. Imò & utiles, dummodo nec delicatus debitor, nec onerosus creditor sit. qua de re observari merentur illa verba Ulpiani: *Si servos pigneratos artificiis instruxit creditor, siquidem jam imbutos vel voluntate debitoris, erit actio contraria: si vero nihil horum intercessit, si quidem artificiis necessariis, erit actio contraria, non tamen sic ut cogatur servis carere pro quantitate sumptuum debitor: sicut enim negligere creditorem, dolus & culpa quam præstat non patitur: ita nec talem efficere rem pigneratam, ut gravis sit debitori ad reciperandum: puta, saltum grandem pignori datum, ab homine qui vix luere potest, nedum excolere, tu acceptum pignori excoluisti sic, ut magni pretii faceres. Alioquin non est æquum aut quærere me alios creditores, aut cogi distrahere quod velim receptum aut tibi penuriâ coactum derelinquere. Medie igitur hæc à Judice erunt dispicienda, ut neque delicatus debitor neque onerosus creditor audiatur.*

Denique 4. debitor Creditori obligatur ad resarcienda damna dolo, lata levique culpâ, ratione pignoris data. Veluti si rem alie-

nam

nam pignori dederit [a], vel ſervum quem noverat eſſe furem [b], vel aliàs malè verſatus fuerit [c]. Ex hac autem obligatione pro hiſce conſequendis creditori naſcitur actio pignoratitia contraria.

a l.9. ff. de pign. act.
b l.31. ff eod. l.61. §.1. ff. de furt.
c l.3. l.16. §.1. ff. de pign. act.

Pars XVII.

De contractu qui fit verbis, & ſpeciatim de Stipulatione.

§. 1. De Verborum obligationibus in genere. De dictione dotis & Jurejurando liberti. Utramque ſpeciem etiam eſſe verborum obligationem probatur contra Diſſentientes. §. 2. De Stipulatione. *Ejus verbi explicatio. Definitio. Probatur eſſe contractum, & quidem Juris civilis, & nominatum, & per ſe ſubſiſtentem. Explicantur cætera Definitionis verba. Negotii hujus forma. Effectus & uſus ejus varius.*

§. 1. Viſis contractibus qui re perficiuntur, ſuccedit altera ſpecies quæ verbis initur.

Quanquam autem in omnibus ferè negotiis verbis utamur, hæc tamen ad formam eorum minimè ſpectant. Id vero negotii de quo nunc dicturi ſumus, formam ſuam ex verbis capit ut ſine hiſce eſſe non poſſit; tum etiam non quibuſlibet verbis fieri poterat, ut cætera negotia, ſed ſolennibus, certiſque fiebat: unde etiam *verborum obligatio* vocatur, quæ nota, & frequens phraſis tum in inſcriptione tituli Pandectarum & Inſtitutionum, cum in ipſis legibus, duplici tropo ſcilicet metonymiâ effectus pro cauſâ, & ſynecdoche generis pro ſpecie laborat. Primo enim negari non poteſt aliud eſſe contractum verborum, aliud obligationem quæ ex illo contractu naſcitur. Hanc tamen pro illo ſæpe dici manifeſtum eſt. Deinde per verborum obligationem Juſtinianus ubique ſignificat eam ſpeciem, quæ eſt ſtipulatio, quæque fit per interrogationem & reſponſionem, cum tamen ex Gajo aliiſque conſtet, fuiſſe quoque contractum verborum qui ſine interrogatione fiebat, ſcilicet dotis dictionem, & jusjurandum liberti, de quo in Inſtitutionibus Gaji ſic

legimus [a]: *Verbis contrahitur obligatio ex interrogatione dantis & responsione accipientis.* (& paulo post) *Sunt & alia obligationes quæ nullâ præcedente interrogatione contrahi possunt, id est, ut si mulier, sive sponso uxor futura, sive jam marito dotem dicat. Quod tam de mobilibus rebus, quam de fundo fieri potest. Et non solum in hac obligatione ipsa mulier obligatur, sed & pater ejus, & debitor ipsius mulieris, si pecuniam quam ille debebat, sponso Creditricis, ipse debitor in dotem dixerit. Hæ tantum tres personæ, nullâ interrogatione præcedente, possunt dictione dotis legitime obligari. Aliæ vero personæ, si pro muliere dotem marito promiserint, communi jure obligari debent, id est, ut & interrogatæ respondeant, & stipulatæ promittant. Item & alio casu uno loquente, & sine interrogatione alio promittente, contrahitur obligatio, id est, si libertus Patrono aut donum, aut munus, aut operas se daturum esse juraverit.* Dotis illam dictionem quæ fit sine stipulatione, à dotis promissione quæ fit præcedente interrogatione quoque distinguere videtur Ulpianus in fragmentis [b], dicens: *Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur. Dotem dicere potest, mulier quæ nuptura est, & debitor mulieris, si jussu ejus dicat institutus, parens mulieris virilis sexus, per virilem sexum cognatione junctus, velut pater, avus paternus. Dare, promittere dotem omnes possunt.* Idem confirmat Codex Theodosianus [c] in quo legitur: *dos si qua forte aut data, aut dicta, aut promissa.* Exempla quoque dotium solenniter & sine interrogatione dictarum inveniuntur apud Terentium [d], Plautum [e] aliosque veteres. De jurejurando liberti minus dubitandum: cum constet satis ex ipsis Pandectis nostris libertum non tantum sic obligari [f] (quod supra part 8. §. 4. à nobis expositum est) sed etiam hanc obligationem acceptilatione tolli, de quo Ulpianus [g]: *Et per jusjurandum liberti interpositam operarum obligationem, per acceptilationem tolli verius est.* At per acceptilationem nulla alia obligatio tollitur, quam quæ verbis contracta est, quod & communis juris regula, & ratio [h], unumquodque eo modo dissolvi volens quo id colligatum est, dictitat, & Ulpianus planum facit cum ait: *Acceptum fieri non potest, nisi quod verbis colligatum est. Acceptilatio enim verborum obligationem tollit, quia & ipsa verbis fit: Neque enim potest verbis tolli quod non verbis contractum est* [i]. Hæc cum ita se habeant, mirari licet, quâ ratione Bachovius [k], & ejus verbis utens Vinnius [l] aliique dubitent, an Ga-

a lib. 3. tit. 2. §. 2. 3. & 4.

b tit. 6. §. 1. & 2.

c l. 2. C. de Incest nupt. l. ult. C. Theod. de dot.

d In Andria act. 5. scen. 4. & in Heauton. act. 5. scen. 1. & in Phorm. act. & scen. 2.

e in trinum. act. 5.

f l. 7. ff. de Oper. libert.

g l. 13. ff de accept.

h l. 35. ff. R. I. §. ult. Inst. quib. mod. toll. obl.

i l. 8. §. 3. ff. de accept.

k ad pr. Inst. de Verb. Obl.

l ad idem pr.

jo hanc ſpeciem verborum obligationis referenti credendum ſit. Longius aberrat Donellus [a] hanc ſpeciem prorſus negans. Rectius ſentit Cujacius [b], cujus ſententiam prolixius probat & ad Donelli argumenta reſpondet Gœddeus [c], cujus ſcriniis compilandis ſuperſedemus. Licet autem duplex illa ſpecies contractus verborum quæ ſine interrogatione fit, jure veteri ſatis probetur, in jure Juſtiniani ejus tamen exigua aut nulla habetur ratio & per verborum obligationem tantum ſtipulatio ſignificatur, poſtquam per Theodoſium & Valentinianum conſtitutum eſt, ut ex nudo pacto efficax obligatio dotis naſceretur (de quo inter pacta legitima p.9.§.14. ſupra egimus) cumq; in jurejurando liberti non tantum concepta verba, ſed & religio jurisjurandi, & naturalis obligatio, qua libertus ad *ἀντίδωρα* obligatus eſt patrono, momenti quid adferre viderentur. Itaque Tribonianus reſpiciens ad uſum ſui ævi, quo verba ſolennis dictionis dotis & jurisjurandi liberti nec neceſſaria, nec uſitata erant, & ad id quod tum temporis frequentius & manifeſtius fuit, omiſſis reliquis contractibus verborum qui ſine interrogatione & reſponſione fiunt, *Verbis* (inquit) *Obligatio contrahitur ex interrogatione & reſponſione* [d]. Neque aliter Gajus libro ſecundo aureorum loquitur [e] & Modeſtinus libro ſecundo regularum [f], niſi dicamus locum illum à Triboniano in pandectas non integrum relatum, ſed interpolatum eſſe, qui & plura alia reſponſa veterum & conſtitutiones imperatorum ad jus novum adcommodavit & correxit & in pluribus pro *doti dixit* repoſuit *dotem promiſit*, in aliis *dotem dedit*, in aliis verba *doti dixit* prorſus ſuſtulit, teſte Cujacio [g].

§ 2. At ſatis de iſtis ſpeciebus: ſequitur ſtipulatio qui contractus ſecundum Varronem [h] à *ſtipe*, ſecundum Iſidorum [i] à *ſtipula* dicitur. Paulus [k] autem eumque ſecutus Juſtinianus [l] à *ſtipulo* quod veteres firmum appellabant id nominis arceſſit, & ſtipulum forte à ſtipite deſcendere putat quod curioſius examinat Gœddeus [m] & alii [n]. Ratio autem hujus ſignificationis juriſconſultis ſatis certa & à Paulo reddita eſt: ſcilicet, quod *per ſtipulationes firmitas obligationum ſtringitur*: de quo mox plura. Eſt autem *ſtipulatio* vox ambigua, aliquando minus, aliquando magis propriè accepta. Impropriè accipitur 1. pro actu interrogandi & reſpondendi qui contractui opponitur [o]. 2. pro re in ſtipulationem deducta [p]. 3. pro obligatione quæ ex contractu hoc naſcitur [q]. 4. pro ea parte contractus, quæ interroga-

a ad pr. ff. de V.O.
b ad d. pr. ff. d. V.O.
c in Prolegom. tr. de contr. ſtip.
d pr. Inſt. d. V.O.
e l.1. §7. ff. de O. & A.
f l.52. §2. ff. eod.
g ad tit. ff. de V.O. & lib.14. oblig. cap.19.
h lib. 4. de Ling.
i lib.5. cap.24.
k 5. ſent.7.
l pr. Inſt. d. V.O.
m c.1. pr. tr. de Contr. & Comm. ſtip.
n ad pr. Inſt. de V.O.
o l.19. ff. d. V.S. § præterea Inſt. de mut. ſtip. l. omnes l. optimam C. de Contr. & comm. ſtip.
p l.1. §1 ff. de edend. l.1 §. habet ff. Vſufr. quem. cav.
q l.3 ff. de fidejuſſor. l.9. ff. de acceptilat. l.72. l. ſeq. §.1. & § fin. ff. de V.O. l.13. C. de Contr. & comm. ſtip.

rogationem continet: quæ quidem significatio in jure frequens [a], sed tamen minus propria, certè non adeo propria, est uti ea quæ totum contractum denotat. An 5. eodem modo stipulari etiam significat *promittere?* Sic nonnullis videtur, quia sæpe hæc vox in jure occurrit significans potius factum promittentis, quam interrogantis: veluti cum Paulus ait: *si certo loco se traditurum quis stipulatus sit, hac actione utendum erit* [b]. & Ulpianus; *si decem aut Stichum stipulatus, solvam quinque, quæritur an possim condicere* [c]? & idem alibi: *Sed si forte usuræ non sint debitæ, & quis simpliciter solverit quas omnino non erat stipulatus* [d]: sed rectius Goeddeus [e] omnibus istis locis *stipulatum* accipit pro *interrogato* putatque nunquam *stipulari* in jure accipi pro *promittere*: si quidem & Priscianus [f] observat, significationem non tantum activam sed & passivam huic verbo competere, unde & Gajus [g] *stipulatas personas promittere*, pro *interrogatis* dicit. Propriè aut propriissime in jure stipulatio significat totum istum contractum mox definiendum, quod non una ἐπιγραφὴ Institutionum, Digestorum & Codicis (veluti de inutilibus stipulationibus, de stipulationibus servorum, de contrahendâ & committenda stipulatione) aliaque sexcenta juris loca evincunt. Atque hoc sensu dicitur etiam *stipulatus* [h] & metonimicè *verborum obligatio* [i]. Est autem stipulatio, *contractus, juris civilis nominatus qui interrogatione præcedente & subsequente statim responsione perficitur dandi aliquid faciendive causa* [k]. Dicitur *contractus* quod & contractus definitio, & natura hujus negotii quæque de causa mox dicentur planissimum faciunt & communius interpretum tersiorum suffragium comprobat. Negare id tamen ausus est Bartolus, Alciatus, Brechæus, Fornerius aliique veterum [l], qui dictum Labeonis quo stipulatio à *contractibus* separatur, & ad *actum* refertur, perperam explicarunt, quorum sententiam Soarez communem ait. At nos supra parte XIII. §. 4. genuinum ejus dicti sensum eruimus, mutuumque & stipulationem contractus esse satis probavimus. Et modo monuimus cum stipulatio pro actu interrogandi & respondendi accipitur, id impropriè fieri. Neque quod ad stipulationem pertinet Bartolum ejusque asseclas juvat, quod stipulatio videatur formula tantum quædam contractibus apposita [m], quæ pactionum conventionumque quibus adhæret ingenium imitatur [n] quæque inde interdum nomine contractus appellatur [o]. Illa enim minus propriè dicta & leviora sunt, quam ut certissima juris prin-

a l. 1. & 3. C. eod. l. 54. § inter ff. locat. l. 38. l. 49. § in hac. l. 56. pr. l. 64. ff. de V. O. & passim.
b l. 7. in fin ff. de eo quod cert. loc.
c l. 26. ff. de Cond. indeb.
d l. 5. § 2. ff. de solut.
e de Contr. stip. c. 1. n. 16.
f lib. 5.
g lib 2. tit. 9.
h l 9. ff. de V. sur. l. 35. § fin. de leg. 3. l. 71. de Cond. & dem. l. 8. ff. de Re Iud.
i §. 1. Inst. de V. O. l. 1. ff. eod. & passim.
k pr. Inst. h. t. l. 5. § 1. ff. eod. l. 52. § 2. ff. de O. & A.
l ad l. 19. ff. de V. S.
m l. 5. § 1. ff. de V. O.
n l. 4. ff. de Vsur. l. 12. § qui insuriar ff. si quis caut.
o l. 1. § fin ff. de pact. Inst. de Verb. Oblig.

principia atque innumera fere loca ſtipulationem contractum & eſſe [a] & vocari [b] docentia evertere queant. Quid? ipſe Ordo Inſtitutionum, Pandectarum & Codicis docet, quò pertinet ſtipulatio, ſcilicet ad cenſum contractuum, quod pluribus perſequitur contraria etiam diluens Gœddeus [c]. Contractum autem hunc *μονό-πλευρον*, nec eo minus contractum eſſe parte XIII. §. 4. quoque evicimus. Dicitur porro *juris Civilis*. Jam ante parte decima §1. curatius docuimus obligationes tribus potiſſimum modis dici juris civilis, maxime verò, ſi à jure Civili inventæ & introductæ ſint, quomodo ſingularem formam effectumq; ſtipulationis, quibus à pactis diſtinguitur, inventum Romanorum, non aliarum Gentium eſſe, obiter & exempli loco indicavimus. Eſt ea Accurſii, Bartoli, Baldi Cujacii & communis Doctorum ſententia, rationibus & legibus convenientiſſima. Et ratio quidem manifeſta vult Romanorum eſſe jus, quod Romani ita condiderunt, formarunt & obſervarunt, uti id nulla Gentium condidit, obſervavit, novitve. Quanquam autem Gentibus aliis interrogationum reſponſionumque, & obligationis inde naſcentis uſus receptus fuit, non tamen certa ſolenniaq; iis ad hoc verba præſcripta, aut requiſita fuere, neq; hanc conventionis ſpeciem à pacto diſtinxere, aut hinc efficaciorem obligationem quam ex pacto dari voluere, neque præciſam illam reſponſi cum interrogatione convenientiam, neque tempus adeo continuum, neque alia exegêre, quæ Romanorum rigorem exegiſſe mox videbimus. Neque verba ut formam ſpecificam cum Romanis, ſed ut interpretem & indicem conventionis conſiderarunt. Et quemadmodum ſaniores Gentes ex qualibet conventione quid deberi agnoſcebant, ita quod ſtipulatò promiſſum, inter cætera debita ex conventione probarunt, cùm Romani ex nudis pactis debita non ita agnoverint, & in ſtipulatum deducta ſingulari jure valere voluerint. Quare ſummo jure & JCti veteres, & Imperatores hoc jus Romanis proprium faciunt, & ſæpe naturali juri opponunt quia à naturali ſimplicitate abit. Hinc Modeſtinus *ſtipulationem civiliter acquiri* dicit eamque opponit *iis quæ naturaliter acquiruntur* [d]. Hinc Ulpianus dicens deportatum amittere eâ quæ *ſunt juris civilis, retinere vero quæ ſunt juris gentium* [e], concludit *Deportati perſonam, ex ſtipulato obligari* non poſſe [f], ſcilicet quia ſtipulatio juris *Civilis*, non *gentium* eſt. Et Marcianus deportatum emere, vendere & cætera quæ ſunt juris gentium, facere ait, *ſtipu-*

a §. fin. Inſt. de obl. l. 1. §. 1. §. Verbu ff. d. O. & A. l. 9 §. quoniam ff. d. Reb. Cred. l. 1. & 2. ff. de Novat.
b l. 1. ff. de pact. l. 1. C. Vt ab hered. & in hered. l. 7. C. Quod vi metuſve l. 8. ff. de ſol. l. 8. ff. de acceptilat. l. fin. ff. de ſtip. ſerv.
c de Contr. ſtip. d. cap. 1. n. 27. & ſeq.
d l. 53. ff. de acq. rer. dom.
e l. 17. §. 1. ff. de pœn.
f l. 14. §. 1. ff. de novat.

lari verò non ait a. Sic Paulus de casu quo mutuum numeratione pecuniæ perfectum, deinde stipulatio de solvendo subsecuta est, dicit *non esse discessum à naturali obligatione* b, hoc est, obligationem mutui, quod est contractus juris gentium, non esse mutatam aut transfusam in obligationem ex stipulatione, quæ non est contractus juris gentium sed Romanorum. Item Paulus alio loco ait: *Locatio & conductio cum naturalis sit & omnium gentium, non verbis* (ut fit in stipulatione uti contractu juris civilis) *sed consensu contrahitur, sicut emptio & venditio* c. Denique & Justinianus ait: si quis nudo pacto pecuniam se soluturum constituit, teneri actione à Prætore naturalem obligationem confirmante introductâ. *At si quis stipulanti promiserit jure Civili teneri*, hoc est, obligatione & actione ex contractu juris civilis natâ. Idem Imperator alio loco: *Ex hoc jure gentium omnes pene contractus introducti sunt, ut emptio & venditio, locatio & conductio, societas, depositum, mutuum & alii innumerabiles* d. Ergò non simpliciter *omnes*, sed *pene omnes* contractus sunt juris gentium, quidam juris Civilis. Ergò stipulatio non refertur inter contractus juris gentium. Neque aliter JCtus Hermogenianus: cum inquit: *Ex hoc jure Gentium introducta bella, discretæ gentes, regna condita, dominia distincta: agris termini positi, ædificia collocata: commercium, emptiones, venditiones, locationes, conductiones, obligationes instituta, exceptis quibusdam quæ à jure Civili introductæ sunt* e. At illis quibusdam jure civili introductis, quas potius annumerabimus obligationes, quam quæ ex stipulatu, ex literis, ex donatione propter nuptias nascuntur, cum nullæ gentes tales agnoverint? Dissentit post Albericum de Rosate f, Hottomannus g, Ferretus h, Rævardus i, Forcatulus k & alii, argumentis parum firmis. Nihil certè illos juvat quod Ulpianus ait: *Hoc jure utimur ut juris gentium sit acceptilatio, & ideo puto & Græce posse acceptum fieri, dummodo sic fiat ut Latinis verbis solet* l. Ex quo loco duplex hoc conficiunt argumentum: 1. Si acceptilatio (quæ per stipulationem fit) est juris gentium, ergò & ipsa stipulatio. At antecedens dicit JCtus: sequitur ergò & consequens. 2. Si effectus aut potius nota juris gentium est ut linguâ non tantum Romanâ sed & Græcâ & cujuslibet Gentis possit perfici negotium, consequitur stipulationem quoque esse gentium quæ qualibet linguâ perfici potest m. Sed responderi potest ad primum argumentum, Jurisconsultum non dicere acceptilationem esse juris Gentium sed *Romanos hoc jure uti ut juris*

a l. 15. ff. de Interdict. & releg.
b l. 126. §. 2. ff. d. V. O.
c l. 1. ff. locati. adde l. 1. ff. de contr. empt.
d § 2. Inst. de Jur. nat. Gent.
e l. 5. ff. de just. & jur.
f ad l. 6. ff. de pact.
g ad pr. Inst. h.
h ad rubr. ff. h.
i 4. var. 5.
k in Necyom. dial. 72.
l l. 8. in fin. ff. de accept.
m l. 1. § 9. ff. de V. O. l. 8. ff. de fidejussor.

juris gentium sit acceptilatio. hoc est: acceptilationem quidem introductam jure civili, sed tamen eidem effectus quosdam accommodatos esse, ac si juris gentium esset. Aliud profecto est ex suâ naturâ juris gentium esse: aliud, pro negotio juris gentium ex usu & jure Romanorum haberi. Si simpliciter esset juris gentium acceptilatio, non circuitu illo uteretur Ulpianus. Confirmare illud quoque videtur Pomponius cum solutionem *naturalem*, acceptilationem *civilem* modum tollendi obligationem facit [a]. Equidem negari non potest in acceptilatione quid esse quod naturali rationi & juri gentium convenit, scilicet creditor quod voluntate sua debitorem licet verè non solvat liberare possit: sed quod illa voluntas per stipulationem debet declarari, quodque hoc tantum pertinet ad verborum obligationes, & quod per hæc & alia acceptilatio multum differat à pacto liberatorio, id alienum à simplicitate juris gentium & inventum est Romanorum, non minus atque ipsa stipulatio. Ad alterum quoque argumentum haud difficilis, nec una est responsio: scilicet infirmum duci argumentum à linguâ aliarum Gentium ad jus earundem. Quis enim affirmet omnia Gentibus introducta & recepta fuisse, quæ linguâ earum expediri possunt, an formam testamenti tribuemus juri gentium, quia ex constitutione Theodosii quavis linguâ fieri poterit? Neque etiam sic, sed contra à jure ad linguam arguit Ulpianus, quod quidem arguendi genus tolerabilius est, certe hoc loco, quamvis etiam perpetuo verum non sit, cum non tam generaliter Gentium linguæ receptæ sint, quam jura. Sed & idioma aliarum Gentium Ulpianus hic non aliter admittit quam si sermo *ita fiat ut Latinis verbis fieri solet:* hoc est: formulâ à Romanis introductâ, & jure Romano præscriptâ, quod passim requiritur [b]. Probabile quidem est concepta stipulationis verba antiquitus Latina fuisse, postea autem, cum stipulatio quibuscunque negotiis juris gentium quavis linguâ fieri solitis subjici cœpit, aliâ eam etiam linguâ contractam, idque maximè Sabino authore inductum esse, quod & Ulpianus confirmat [c], & inde colligitur, quod cætera juris gentium negotia alienâ linguâ fieri posse nullâ lege cautum, sed per se manifestum, de stipulatione autem id aliquoties traditum est. Non tamen inde cum Harprechto, Vinnio [d], aliisque dixerim stipulationem usu juris gentium factam esse, cum id quod stipulationem juris civilis facit propriam, per admissionem alterius linguæ

a l. pen. ff. de solut.

b d. l. 8. ff. de fidejuss. §. 7. Inst. eod. § 2. Inst. d. V. O. l. 1. § ult. ff. eod.

c l. 1. § ult. ff. d. V. O.

d ad §. 2. Inst. d. V. O.

non cesset: cumque forma quam à jure Civili accepit laxata paullulum, non sublata nec ad simplicitatem juris gentium redacta sit. Sunt & alia quam plurima loca juris [a], quibus nituntur Hottomannus cæterique: sed ex hisce satis liquet nihil ea ad rem facere, & non minus solidè quam prolixè ad ea responsum est à plurimis, imprimis Gœddeo [b], & Bacchovio [c]. Dicitur porro in definitione *Nominatus*. Quotquot stipulationem contractum esse concedunt, facile nominatum esse admittunt. Habet enim suam specialem formam, proprium nec inelegans nomen, certamque & nominatam producit actionem [d] Nec quod actionem attinet certam, officit, quod ex stipulatione datur condictio certi, quæ non huic contractui propria, sed actio multis communis esse videtur, secundum dictum Ulpiani. Id enim alio sensu accipiendum esse decuimus parte 13. § 5. Neque de speciali formâ hujus contractus dubium facit idem Ulpianus cum ait: *In conventionalibus stipulationibus contractui formam contrahentes dant* [e]. Abutitur enim voce *formá*, per quam non formam contractus, quæ in verbis interrogationem & responsionem continentibus consistit, significat, sed modum finemque ejus quod in contractum deducitur, & ex voluntate contrahentium nunc plus, nunc minus continet; quod etiam subsequentia illa arguunt verba: *enimvero Prætoriæ stipulationes legem* (i.e. modum) *accipiunt de mente Prætoris*. Ex eo autem quod jam probavimus stipulationem esse contractum juris civilis, nominatum, certamq; producere actionem, necessario consequitur promissorem ex eo efficaciter, h.e. civiliter obligari, hocque negotium ex se & suâ naturâ sine adminiculo alterius obligationem indeque actionem parere. Hæc enim perpetua virtus contractuum & obligationum civilium est: quod qui admittunt, mirum est, quomodo dubitare nedum negare possunt stipulationem per se subsistere. De qua quæstione triplex videtur esse Doctorum sententia. Prima est eorum, qui putant stipulationem solam, cui non subest alia causa, nec valere, nec probare quicquam; ut volunt Jason, Alexander, Felinus, Cujacius, Connanus, Goveanus aliique plurimi Berlichio [f] & Harprechto [g] citati: quorum sententiam novissimè sequitur & pluribus adstruere conatur Wissenbachius. [h] Paulus Castrensis [i] verò eam eò extendit, ut asserat Judicem actorem ex stipulatione sine aliâ causâ agentem, repellere ex officio posse, etsi reus de defectu causæ non excipit. Pro confirmanda hac

a l.5. l.7. § 1. junctâ l. 1. §. fin. ff. de pact. § 1. Inst. de rer. divis. l.9. de rer. divis. l. 1. ff. de Constit. pec. junct. l. 1. ff. loc. § 12. Inst. de Inutil. stip. §. 4. Inst. d. Jur. Nat. Gent. & Civil. junct. l.48 ff. de re jud. Ulp. in fragm. tit. de leg. § Græcè, junctâ l. 11. de leg. 3 & pr. Inst. de fideic. her. Prob. 6. v. 1.

b de contr. stip. cap. 2. conclus. 1.

c ad Treutler. vol. 2. disp. 27. thes. 1. lit. C.

d l. 1. in fin. ff. de pact. pr. Inst de V.O. l. 1. §. verbis ff. de Obl. & Act.

e l.52. ff. d. V. O.

f Decis. 96.

g ad pr. Inst. de V.O n. 36.

h ad ff. h. thes. 2.

i vol. 2. consil. 169, n. 2.

hac sententiâ solet adduci, 1. quod nuda traditio non transferat dominium [a]: 2. quod stipulatio aliarum obligationum firmandarum causâ introducta est [b]: 3. quod qui ex stipulatione sine causâ agit, doli mali exceptione removetur [c]: 4. quod *qui sine causa obligantur incerti condictione consequi possunt ut liberentur, ut loquitur Julianus* [d], eoque pertinet condictio sine causa [e]: Secunda sententia est Bachovii [f], Struvii [g] aliorumque putantium ex stipulatione sine causâ, summo & mero jure nasci quidem obligationem & actionem, sed quæ elidi possit exceptione doli mali, per rationem tertiam supra adductam, perque dictum illud Juliani; *Si stipulatus esses à me sine causâ & fidejussorem dedissem, & nollem eum exceptione uti, sed potius solvere, ut mecum mandati judicio ageret, fidejussori, etiam me invito, exceptio dari debet: interest enim ejus pecuniam retinere, potius, quam solutam stipulatori à reo repetere* [h]. Nec absimilis huic alibi extat locus Ulpiani [i]. Tertia deniq; sententia est eorum qui putant stipulationem per se sine aliâ causâ valere & producere obligationem & actionem efficacem, nec exceptione deficientis causæ elidendam: quod placet Glossæ, Bartolo, Baldo, Alexandro aliisque quos referunt & sequuntur Gœddeus [k], Berlichius & Harprechtus [l]: idque nec ab usu fori (de quo præter Berlichium etiam testatur Sandius [m]) nec ab analogiâ & veritate juris alienum est: quia 1. stipulatio est contractus per se subsistens. 2. quia stipulatio ipsa refertur inter causas acquirendi dominii & obligationis [n]. 3. quia stipulatio alteri causæ subjecta, subsistit per se etsi causa illa non subsistat [o]. 4. quia id plura juris loca innuunt [p]. Verum cum non desint Dissentientibus quæ ad hæc quoque reponant, rem hanc paulo altius & ab ipsis principiis repetere operæ pretium fuerit, maximè cum & non omnes cardinem quæstionis, quæque ad ejus decisionem pertinent, satis expendisse videantur. Primò autem fundamenti loco statuendum est, stipulationem heic considerari ut contractum, hoc est conventionem quæ consensu & voluntate duorum pluriumve constat, adeoque nec aliam heic intelligi promissionem, quam quæ maturo & deliberato consilio facta est, quæque cum naturali ratione obligare possit, jure Romano ideo efficacius obligat, quod certis conceptisque ad hoc à Romanis verbis declarata est. Ea verò voluntas quomodo vel sine causa sit nondum satis intelligo. Quisquis enim dare aut facere quid promittit, vel permutationis, vel mutui, vel venditionis, aut si non

a l.31.ff.de A.R.D.
b l.5.§ conventionales.ff. h.Paul.5.sent.c.7.
c l.2.§ 3.ff.de dol.mal. & met.exc.
d l.3.ff.de Cond.sine causa.
e l.1.& 2.ff.eod.
f ad Treutl. vol.2.disp.27. thes.1.lit.A.
g ad ff.d.V.O. thes.4.
h l.15.ff.de fidejussor.
i l.4.§ fin.ff.si quis caut.in jud.sist.
k de contr. stip.cap.3. conclus.5.n.74. & cap.5.conclus.2.n.6.
l locis supra allegat.
m lib.3.tit.9. def.1.
n § ult.Inst. per quas person.nob.acq. obl.pr.Inst.de V.O.l.7.§ 12. ff.de pact.l.2. §.fin.ff.de reb.cred.
o l.3.ff.de Resc.Vend. l.17.& seq.ff. de evict.l.6.C. si cert.pet.
p l.21.ff.de V.O.l.108.eod.

aliâ, certè beneficii, liberalitatis aut donationis cauſâ promittit, ſi modo integrâ voluntate & maturo conſilio promittat. Cauſam autem illam facile ſerio promittentis arbitrio & conſcientiæ permittit parumque inveſtigat ratio naturalis & lex civilis, dummodo voluntas recte ſe habeat. Hinc aureum illud juris noſtri axioma, *Nihil tam conveniens eſt naturali æquitati quam voluntatem Domini volentis rem ſuam in alium transferre ratam haberi* [a]. Attendit jus ad voluntatem, & an velit promiſſor, ad cauſam voluntatis & cur velit, non attendit, forte quia quiſque præſumitur cum ratione agere: qui autem ſic agit, ſine ratione nihil promittit. Atque ſic nulla ſtipulatio eſt ſine cauſâ ſaltem præſumptâ, & ubi de aliâ non conſtat, liberalitatis & donationis cauſam ſubeſſe præſumendum eſt, ubi ſeriâ & deliberatâ voluntate quid promittitur. Sic cum prioris ſententiæ Authoribus liceret dicere ſtipulationem non poſſe carere cauſâ. Neque enim ſola verborum conceptio obligationem inducit ſine voluntate, quam ſolet juſta ratio movere. Et tamen etiam cum poſterioris ſententiæ Authoribus liceret dicere, ſtipulationem per ſe ſufficere, quia ipſa ſufficit ad declarandam voluntatem promiſſoris, præter quam nihil aliud ad obligationem requiritur. Illud vero prioribus concedi non poteſt, ex ſtipulatione vel prorſus non agi vel efficaciter non agi, niſi conſtet de aliâ cauſâ, ſaltem donationis, ea enim hoc ipſo tacitè ſubeſſe intelligitur, quod promiſſor ſerio voluit. Serio autem voluiſſe præſumitur, quia voluntatem ſuam eâ formâ declaravit, quam lex præſcripſit, & exigit & pro ſufficienti declaratione habet: factâ ſcilicet convenienti interrogatione & reſponſione. Cujus formæ & præſumptionis inde natæ tanta eſt authoritas jure Civili Romano, ut ex tali promiſſione actio detur, licet promiſſio dolo, metu aut errore facta & voluntas integra non fuerit, niſi promiſſor exceptionem metus, doli & erroris opponat probetque [b], quo caſu vis quidem ſtipulationis deficit, non quod ſtipulationem alia cauſa non ſuſtinet, ſed quod voluntas deficit, quodque conſenſus qui eſt contractus omnis fundamentum, non eſt integer. Ex quo facile colligitur reſponſio ad Diſſentientium argumenta. Non obſtat primum. Ineptiſſima enim eſt concluſio Nuda traditio non transfert dominium. Ergo voluntas promiſſoris formâ optimâ juris Civilis declarata non obligat eum. Nec obſtat ſecundum. Quia aliis quidem negotiis plerumque accedit ſtipulatio

a §. 40. *Inst. de rer. diviſ.*

b §. 1. & *ſeq. Inſt. de except.*

tio & maximè pactis firmandis adjici solet [a]. Ipsa tamen etiam per se subsistit, etsi meræ liberalitatis causâ fiat, ut ante dictum est, sed & cum aliis negotiis adjicitur, eorum naturam non assumit, sed suam retinet naturam stricti juris, suamq; ex stipulatu actionem producit, quod pluribus juris locis certum fit [b]. Nihil quoque officit tertium, siquidem quod promissor doli mali exceptione removetur, non fit ob defectum causæ, sed voluntatis. Nec ullo juris loco exceptio illa doli mali datur generaliter contra eum cui sine causâ stipulanti quid promissum est. Minus ad rem facit quartum argumentum: quia quod sine causâ condicitur, non pertinet ad ea quæ certâ voluntate jurisque formâ promissa sunt. Atque sic intelligendum dictum Juliani. Præterquam enim quod is non dicit stipulationem sine causâ non subsistere, nec exprimit quod promissor sine causâ vel prorsus non obligetur, vel exceptione perpetuâ tutus sit, neque satis declarat quâ exceptione fidejussor uti possit, facile colligitur, si quam eo casu exceptionem habere potuit promissor, ejusque nomine fidejussor, eam non tam ad causam, quam voluntatem spectare. Atqui dicitur: *si stipulatus esses à me sine causâ*. Videtur ergò JCtus respicere ad causam. Sed respondeo: Phrasis illa *sine causâ*, non tantum significat defectum venditionis, mutui, donationis, similisve causæ, sed etiam (ut loquitur Ulpianus [c]) *cum res non ex justâ causâ ad eum pervenit, vel redit ad non justam causam*. Fac ergò me tibi per vim, aut metum promisisse centum, & Titium eo nomine fidejussisse: Vel me tibi promisisse centum solvere, quæ mutuo patri quondam dedisti meo, quæque putavi non esse soluta, cum soluta sint. Priori casu, causa est injusta, posteriori, res ad non causam rediit. De utroque potest intelligi dictum Juliani. Utroque stipulatio vim amittit, non tam quod causa, quam quod voluntas deficit. Idem judicium de Ulpiani similibusq; locis est. Sed redeundum nobis ad definitionem in quâ porro dicitur: *qui interogatione præcedente & subsequente statim responsione*, quibus specifica hujus contractus in verbis illis consistens significatur forma, ad quam requiritur non tantum certa verborum qualitas, sed etiam series & ordo. Ratione qualitatis requiritur ut verba non tantum sint ore prolata, sed & directa, civilia, solenniaque, hoc est, ea ipsa, quæ ad hoc à Jurisconsultis erant concepta, non alia, licet similia & æquipollentia. Quare Justinianus ait: *In hâc olim talia verba tradita fuerunt: Spondes? spondeo.*

a *l. 5. pr. & §. conventionales l. 126. § ff. h. t. l. 27. & l. seq. C. de pact. l. 3. l. 7. §. 12. ff. eod.*

b *l. 3. ff. de Resc. Vend. l. 17. 18. & seq. ff. de evict. l. 3. Cod. de fidejuss.*

c *l. 1. §. ult. ff. de Cond. sine caus.*

ſpondeo. Promittis? promitto. Fidepromittis? Fidepromitto. Fidejubes? Fidejubeo. Dabis? Dabo. Facies? Faciam[a]. Quare etiam Pomponius *ſtipulationem verborum conceptionem* dicit[b]. Neque enim aliter quam conceptis illis certis verbis eâ ſerie, eoque ordine prolatis fieri potuit. Nec fuit ſtipulatio, ſi quis V.C. dixiſſet: *centum dare polliceris? Curabis hoc fieri?* & alter reſpondiſſet, *polliceor, curabo*. Quia hæc non erat concepta ſolenniſque formula. Si quis tamen interroganti *dabis?* reſponderit *quid ni?* teſte Ulpiano obligatur[c]: licet de eo non levis potuerit eſſe dubitandi ratio, quod ne ſic quidem concepta formula ex aſſe ſervata eſſet. Uti verò in teſtamentis, actiobus aliiſque ſcrupuloſa illa formularum obſervatio antiquata eſt, ita Imperator Leo illam quoque in ſtipulationibus laxavit, hâc ſanctione; *Omnes ſtipulationes etiamſi non ſolennibus vel directis, ſed quibuſcunque verbis conſenſu contrahentium compoſitæ ſunt, vel legibus cognitæ, ſuam habeant firmitatem*[d]. Placuit hæc conſtitutio Juſtiniano ad eandem jus Inſtitutionum ſuarum conformanti[e]. De ſenſu autem ejus conſtitutionis & quid quantumque eâ antiquatum ſit, non ita convenit inter Interpretes. Verior videtur ſententia Gœddei[f], aliorumque hanc rem ita finientium. Cum tria fuerint ſolennia in ſtipulatione, nimirum verborum qualitas, ſeries & ordo, ut modo dictum: unde requirebatur primò, ut ſolennibus & directis, h. e. latinis & conceptis perſonalibus, h.e. primæ & ſecundæ perſonæ verbis fieret, non etiam Punicis vel Hebraicis, vel Gallicis: Secundò, ut ſolennibus, h.e. iiſdem, quibus interrogatus eſſet verbis reſponderet, non æquipollentibus: Tertiò, ut præcedente interrogatione & reſponſione continuo ſubſequente expediretur[g]: Leo quidem duo priora antiquavit, tertium autem minimè ſuſtulit. Ordo itaque interrogationis & reſponſionis etiamnum manet, multo minus verborum inter præſentes figura remiſſa eſt; Nam & Leo in ſua conſtitutione in locum *ſolennium verborum*, *quævis alia verba*, non quamcunque voluntatis expreſſionem admittit. Et Juſtinianus eam ſic accipit ut deſideret *ſenſum verbis ab utraque parte expreſſum*[h]. Imo idem Imp. diſertis verbis ait: *inutilem eſſe ſtipulationem ſi quis ad ea quæ interrogatus fuerit non reſpondeat*[i]. Et ubicunque fere de ſtipulatione agit, interrogationis & reſponſionis neceſſitatem ſubindicat. Neque aliter JCti poſt Leonianam conſtitutionem ſenſere. Ulpianus convenientem reſponſionem interrogationi inter præſentes continuo datam expreſſè requi-

a §.1. Inſt. de V.O.
b l.5.§.1.ff. eod.
c L.1.§.2.ff. h.
d l.10.C. de Contr. & Comm. ſtip.
e §.1. Inſt. h
f de con. ſtip. C.1. n.73. & C.4. n.2.
g l.1.pr. & §. fin. l.5.§.1.ff h. §.1 & 2. Inſt. eod. Paul. lib.5. §. tit.7. Gajus lib.2. tit.9.
h d.§.1. I.h.
i §.5. Inſt. de inutil. ſtipulat.

requirit & si secus facta sit inutilem stipulationem pronunciat [a]. Idem & Paulus respondit [b] & Venulejus [c] aliique. Hinc itaque constat, I. errare eos qui putant jure illo posteriori Leonis & Justiniani sublatum esse discrimen inter pacta & stipulationem, ita ut quævis verba quæ in pactis sufficiunt, sufficiant etiam in stipulatione. Nihil minus. Nam in pactis neque interrogatio neque præsentia contrahentium, neque continua illa & conveniens responsio requiruntur. Sed illa quovis modo, quo consensus recte explicatur, contrahi possunt: etiam per nuncium, nutum, epistolam [d]. Frustra hisce objicitur quod sola pollicitatio dotis tantum valeat quantum stipulatio [e]. Id enim singulari jure & favore dotium constitutum à Justiniano: quæ specialis constitutio supervacua esset, si pactum & stipulatio in omnibus idem valerent. Fingitur ibi præcessisse stipulatio. Cui bono autem illa fictio? si sola pollicitatio per se tantum valeret? Neque rectè objicitur quod sponsalia à spondendo dicta [f] inter absentes contrahi possint [g]. Sponsio enim illa quæ inter absentes fit non est stipulatio, latiusque illud quam hoc verbum patet, sponsaliaque pactis etiam non solâ stipulatione facta fuere. II. constat hinc errare Wesembecium [h] & alios putantes stipulationem etiam per scripturam inter præsentes contrahi, quo nihil magis contrarium esse potest supradictis fundamentis. Non obstat dictum Pauli: *Non figura literarum sed oratione, quam exprimunt literæ obligamur quatenus placuit non minus valere, quod scriptura quam quod vocibus linguâ figuratis significaretur* [i]. Loquitur enim hic Jurisconsultus non de obligationibus quæ verbis contrahuntur, sed de iis quæ naturâ suâ verba non requirunt. Minus obstat quod stipulatio sæpe in jure dicatur scripta aut libello inserta [k]. Hoc enim non pertinet ad perfectionem contractus hujus, quæ sine verbis præsentium fieri non potest, sed ad probationem negotii verbis perfecti, de quo post scriptura confici potest. Quid si stipulatio per scripturam, nutum, aut similiter sine verbis contracta sit annon promissor saltem naturaliter inde obligabitur? Negat Bartolus, Cujacius, Donellus & communis Doctorum schola quam refert & sequitur Treutlerus [l]. Affirmat Duarenus aliique [m] Prior sententia haud obscure confirmatur ab Ulpiano quando ait: *si sine verbis annuisset non tantum civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit, & ideo rectè dictum est non obligari pro eo nec fidejussorem quidem* [n]. Atqui ad natu-

a l. 1. §. 1. ff.
b l. 7. §. 12. ff. de pactis
b l. 83. ff. eod.
c l. 12. ff. de duob. reis l. 137. § 2. ff. de V. O.
d l. 52. in fin. ff. de O. & A.
e l. 6. C. de dot. promiss. l. un. C. de rei uxor ait §. 23. Inst. de act.
f l. 2. ff. de sponsal.
g l. 4 ff. eod.
h de V. O. n. 12. in fin.
i l. 38. ff. de O. & A.
k l. 1. C. de contr. & comm. stip. l. 7. §. 12. ff. de pact. l. 57. ff de donat. Inter V. & V.
l Vol. 2. disp. 27. O. 1. lit.
m ad l. 1. §. 2. ff. h.
n l. 1. §. 3. ff. h. t.

naturalem obligationem ſolum conſenſum ſufficere ſæpius monuimus, cur ergò obligatio illa hoc ex conſenſu non oritur? Reſpondemus, ſecundum ſimplicitatem juris Gentium, non dubium eſt, quin ex conſenſu naturaliter quis obligetur, & hic annuens teneatur. Sed jus civile non agnoſcit hanc obligationem, neque præſumit conſentire eos, qui verbis contracturi, verbum nullum proferunt. Sic ergò conſtat opus ad ſtipulationem eſſe interrogatione & convenienti reſponſione. Diverſitas enim interrogationis & reſponſionis vitiat ſtipulationem. *Inutilis* eſt ſtipulatio (inquit Juſtinianus [a]) *ſi quis ad ea quæ interrogatus fuerit non reſpondeat.* Quod quidem Juſtinianus ſimpliciter pronunciat, forte inſtituto ſuo & Elementis juris ſufficere putans, ſi ſummum caput difficilis & ſubtilis argumenti in illis proponat, quod curatius pleniuſque tractatur in pandectis, ubi diſtincte traditur eam demum diverſitatem vitiare ſtipulationem, quæ eſt vel circa rem in ſtipulationem deductam, vel circa qualitatem obligationis: Rem diverſam quod attinet, Si tu Stichum ſtipuleris, ego Pamphilum promittam, non dubium reſponſum nullâ ratione convenire interrogationi vitiarique ſtipulationem. Imò *ſi ſtipulante me Stichum aut Pamphilum, tu unum daturum te ſpoſponderis, conſtat non teneri te, nec ad interrogatum reſponſum eſſe* ait Paulus [b]. Ego enim certum quid ſtipulatus ſum, & tu incertum promiſiſti. Nam non liquet Stichumne an Pamphilum promiſeris. Neque hoc juris præſumptione facile definiri poteſt. Unde aliud dicendum erit ſi diverſæ ſummæ, major ſcilicet & minor in ſtipulationem veniant. Tum enim quilibet promiſſor præſumitur minorem potius quam majorem promiſiſſe. Unde porro ait Paulus: *Diverſa cauſa eſt ſummarum veluti decem aut viginti dare ſpondes, hic enim etſi decem ſpoponderis, rectè reſponſum eſt, quia ſemper in ſummis id quod minus eſt ſponderi videtur* [c]. Quod dictum, niſi me valde fallit opinio, vel à Triboniano non ſatis diligenter deſcriptum, vel à Paulo minus accurate propoſitum & pro verbis *etſi decem ſpoponderis* legendum eſt, *etſi unam ſummam ſpoponderis.* Vult enim JCtus oſtendere cauſam à præcedenti diverſam in eo, quod in poſteriori ſcilicet diverſis ſummis rogatis, generalior reſponſio præſumptione juris certa fieri & valere poſſit, cum priori caſu illa præſumptio juris ceſſet. At ſi promiſſor ex diverſis ſummis 10. aut 20. minorem hoc eſt 10. nominatim promittat, non præſumptione juris ſubſiſtit promiſſio,

a §. 5. Inſt. de inut. ſtipulat.

b l. 83. §. 1. ff. de V. O.

c d. l. 83. §. 3.

missio, sedquia nominatim ad interrogata responsum est; quemadmodum valet quoque promissio, si promissor Stichum aut Pamphilum dare rogatus, Stichum se daturum responderit. Ut ergo causâ summarum ab alia differat, dicendum, quod qui Stichum aut Pamphilum dare rogatus unum se daturum respondet, non teneatur: qui verò decem aut viginti dare rogatus unam summam se daturum spondeat, teneatur ob præsumptionem & rationem ante dictam. Atque hæc quidem in pluribus rebus disjunctim rogatis ita se habent. Aliud dicendum est si plures res conjunctim stipulanti quis unam promittat: ad quem casum pertinet illud dictum Pauli: *si ego plures res stipuler, Stichum puta & Pamphilum, licet unum spoponderis, teneris: Videris enim ad unam ex duabus stipulationibus respondisse* [a]. Cum quo convenit illud Justiniani, *Quotiens plures res unâ stipulatione comprehenduntur, siquidem promissor simpliciter respondeat, Dare spondeo; propter omnes tenetur: si vero unam ex hisce vel quasdam daturum se spoponderit, obligatio in iis pro quibus spoponderit contrahitur* [b]. *Sed & si mihi Pamphilum stipulanti, tu Pamphilum & Stichum spoponderis, Stichi adjectionem pro supervacuo habendam puto: nam si tot sunt stipulationes quot corpora, duæ sunt quodammodo stipulationes, una utilis, alia inutilis neque vitiatur utilis per hanc inutilem.* Verba sunt JCti Ulpiani [c] satis rectè ratiocinantis. Neque enim dici potest diversam esse responsionem ab interrogatione, Ubi & stipulator Pamphilum rogavit, & promissor eundem promisit, licet Sticho addito, quæ additio totum negotium ut vitiet nec regula illa *utile per inutile non vitiatur*, quæ in jus Canonicum quoque relata est, nec analogia juris patitur. Sic enim Paulus quoque de constituto loquitur: *Si decem debeantur & decem & Stichum constituat, potest decem tantummodo nomine teneri* [d]. Neque alienus est ab his Florentinus dicens [e]: *Quæ extrinsecus & nihil ad præsentem actum pertinentia adjecerit stipulationi pro supervacuo habebuntur nec vitiabunt obligationem. Veluti si dicas arma virumque cano spondeo.* De posteriori scilicet diversitate qualitatis obligationis, etiam nulla est difficultas, siquidem & Imperator & Jurisconsulti diversitate isthâc stipulationem vitiari pronunciant. Diversa autem obligationis qualitas est cum aliquid additur vel detrahitur obligationi, veluti cũ stipulator purè interrogat & promissor ex tempore vel sub conditione promittit: Vel ille non purè interrogat, hic verò purè promittit: unde Ulpianus ait: *Si quis simpliciter interrogatus responderit, si illud factum*

a d. l. 83. §. 4. de V. O.
b §. 17. Inst. de inut. stip.
c l. 1. §. 5. ff. de V. O.
d l. 12. ff. de Const. pec.
e l. 65. pr. de V. O.

erit, dabo, non obligari eum constat. Aut si ita interrogatus intra Kalendas quintas? responderit dabo idibus, aeque non obligatur. Non enim sic respondit, ut interrogatus est. Et vice versa si interrogatus fuerit sub conditione responderit pure dicendum erit eum non obligari, a quod ipsum & Justiniano probatur b. Illud quoque certi juris est valere stipulationem nec differre responsionem ab interrogatione si promissor non repetat omnia verba stipulatoris sed uno verbo respondeat, de quo ita Justinianus: *Inutilis est stipulatio si ille purè stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contra: si modo scilicet id exprimas, id est, si cui sub conditione vel in diem stipulanti tu respondeas praesenti die spondeo. Nam si hoc solum respondeas: Promitto, breviter videris in eandem diem vel conditionem spopondisse. Neque enim necesse est, in respondendo eadem omnia repeti quae stipulator expresserit* c. quo etiam facit illud JCti Pauli: *plerumque ea quae praefationibus convenisse concipiuntur etiam in stipulationibus repetita creduntur* d. Quare etiam non mirum est valere stipulationem in qua ad interrogata respondetur per verbum *Quidni* e. Nam Ulpianus disertè ait: *Si quis ita interrogatus dabis, responderit quidni, & is utique in ea causa est ut obligetur.* Neque etiam dubium est quin si eadem res vel persona aliter in interrogatione, aliter in responsione appelletur, diversitas illa appellationis stipulationi non obstet: siquidem Florentinus ait: *Sed etsi in rei quae promittitur aut personae appellatione varietur, non obesse placet: nam stipulanti denarios, ejusdem quantitatis, aureos spondendo obligaberis & servo stipulanti Lucio. Domino suo si Titio qui idem sit daturum te spondeas obligaberis* f. Duplex autem heic occurrit & quidem gravissima quaestio, altera de impersonali stipulatione, altera de diversitate, quae est in summâ rogatâ & promissâ. Utramque facilius expediemus, post quam ea quae certioris juris sunt hoc in argumento jam cognoverimus. Quod impersonalem stipulationem attinet, Bartolus, quem sequitur Jason, Zasius & communis interpretum schola g putant eam quae impersonalis est, ratione stipulatoris, non quidem improbari, veluti cum dicitur dabitur? dabo. Spondetur spondeo. Eam verò, quae impersonalis est ratione promissoris, haud subsistere, eaque nihil agi. Cujus sententiae potissimae rationes sunt 1. quod Justinianus expressè dicit: *Sin autem dixerit satisfiet verbo impersonaliter prolato, non tenebitur* h. 2. Alia ratio est in stipulatore, alia in promissore. Ille enim, etsi impersonaliter stipuletur, tamen praesumitur sibi acquirere voluisse i; quae praesumptio cessat in pro-

a l. 1 §. 4. ff. de V. O.
b §. 5. de inutil. stipulat.
c §. 5. Inst. de Inut. stip.
d l. 134. ff. de V. S.
e d. l. 1. §. 2. de V. S.
f l. 65. §. 1. ff. d. V. O.
g in l. 38. §. 20. d. V. O.
h authent. si quando C. de Const. pec. & Nov. 115. c. 6
i l. si defun. ctus C. arbit. tut.

in promissare. 3. Omnis obscuritas quæ oritur ex impersonali interrogatione, tollitur ipsâ responsione, certam personam demonstrante. Secus est quando ipsa responsio impersonaliter facta est. 4. In obscuris & ambiguis stipulationibus interpretationem faciendam esse quæ stipulatori nocet [a]. unde impersonali responsione nihil actum nec obligationem inductam esse putandum est. 5. Quotiens responsio differt ab interrogatione vitiatur stipulatio [b] Atqui non conveniunt interrogatio & responsio cum alter rogat dabis & alter respondit dabitur. Hæ inquam sunt potissimæ rationes communis interpretum scholæ ejusque Antesignani Bartoli, à quibus tamen justissime divortium faciunt Alciatus [c], Duarenus, Cujacius, Donellus [d] aliique recentiores, quorum sententia vero propior est, tum, quod responsio non minus ex interrogatione, quam interrogatio ex responsione interpretationem recipit, si quidem quisque ad interrogata respondisse præsumitur [e] uti & ambigua rescripta ex præcedentibus interprætationem recipiunt [f]. tum, quod nihil firmi est in fundamentis adversariorum. Quod enim primo loco adferunt dictum Justiniani, prorsus ἀλλότριον est. Agit de Constituto, quod toto cœlo differt à stipulatione. In hâc enim interrogatio præcedit responsionem, in quâ, si quid impersonalis conceptio gignit dubii, facile ex interrogatione explicationẽ recipit, quod secus est in constituto. Imò ne in Constituto quidem omni ejusmodi responsionem vitium adferre, nec Justinianum de qualibet impersonali responsione, sed tantum de ea loqui, ex quâ præsens obligatio nasci nequit, rectè post alios observat Gœddeus [g] ipsumque Justiniani verba & formula satis confirmant. Loquitur enim de casu quo promissor dicit *satisfiet*: in quo exemplo non tantum incertum est quis satisfacere, sed & quomodo & quando satisfieri debeat, ex quo sane nulla præsens obligatio nasci potest. Quid ergò si constituens dicat *promittitur* vel, *dabitur* tibi pecunia illa. Ratio juris non repugnat quo minus subintelligatur *à me*, & promissor teneatur, & constitutum valeat, dummodo constet hoc agi ut pecunia constituatur, id quod & ipsa æquitas suadet. Unde Autumnum quoque illam authenticam & sententiam Justiniani simpliciter abrogatam pronunciantem, rectè reprehendit Groenwegius. Etsi enim facile in foro admittendum ut impersonalis promissio, quæ justa interpretatione ad certam personam referri potest; attamen hoc non fit contra jus

a *l. 38. §. 18. ff. d. V. O.*
b *d. §. 5. inst. de inut. stip.*
c *2. parerg. c. 18.*
d *ad l. 5. §. 1. ff. de V. O.*
e *arg. de §. 5. inst. de inutil. stip. l. 9. §. 5. ff de interr. in jur. fac.*
f *l. 1. C. de divers. rescr. & pragm.*
g *de contr. stip. c. 4. n. 33.*

civile. Nec juvat Bartolum ejuſque Aſſeclas ſecundo & tertio loco allegata ratio: cum ante planum factum, non minus reſponſionem recipere interpretationem ex interrogatione, quam interrogationem ex reſponſione aut juris præſumptione. Unde conſequitur non eſſe differentiæ rationem inter ſtipulatorem & promiſſorem. Minus ad rem facit axioma quartò ab ipſis citatum. Præterquam enim quod reſponderi ad illud poteſt, non eſſe ſtipulationem obſcuram & ambiguam, in quâ reſponſio tantum imperſonaliter concepta eſt, & per ipſam interrogationem ad certam perſonam promiſſoris dirigitur, manifeſti juris eſt, interpretationem ſtipulationis ambiguæ & obſcuræ ita faciendam eſſe, ut hæc potius valeat quam corruat & ſi aliter valere non poteſt, interpretationem contra promiſſorem faciendam eſſe [a]. Denique nec quinto diſſentientium argumento vis ulla ineſt, cum jam conſtet non omnem diverſitatem interrogationis & reſponſionis, certè non illam quæ oritur ex imperſonali reſponſione, vitiare ſtipulationem. Neque enim aliter valere poſſet reſponſio per verbum *quidni* aliaque ſimiliter differens, quas tamen valere ante demonſtratum eſt. Neque etiam ſic poſſet valere ſtipulatio, in quâ interrogatio imperſonaliter, reſponſio autem perſonaliter facta eſt, quam tamen ſubſiſtere Diſſentientes ipſi agnoſcunt. Quid vero de diverſitate ſummæ rogatæ & promiſſæ dicendum, ſi ſtipulanti decem aureos tu quinque promittas vel contra, an valet ſtipulatio? Difficilis quæſtio; in quâ aliud jus inſtitutionum aliud pandectarum eſſe, nec has cum illis conciliari poſſe volunt Cujacius, Hottomannus, Eguinarius Baro, Goddeus aliique plures Harprechto [b] citati. In Inſtitutionibus hæc extant verba: *Præterea inutilis eſt ſtipulatio ſi quis ad ea quæ interrogatus fuerit non reſpondeat veluti ſi quis decem aureos à te ſtipuletur, tu quinque promittas vel contra aut ſi ille pure ſtipuletur, tu ſub conditione promittas vel contra* [c]. In pandectis contra Ulpianum ſic loquentem audimus: *Si ſtipulanti mihi decem tu viginti reſpondeas, non eſſe contractam obligationem niſi in decem conſtat. Ex contrario quoque, ſi me viginti interrogante tu decem reſpondeas obligatio niſi in decem non erit contracta: licet enim oporteat congruere ſummam, attamen manifeſtiſſimum eſt viginti & decem ineſſe.* Accurſius & communis fere veterum Interpretum ſententia eſt, Ulpianum loqui de caſu excepto quo diverſitas reſponſionis ſtipulanti illico complacuit, Juſtiniani verò ſententiam eſſe de regulâ. Quæ tamen

a l. 80. ff. de V. O. l. 67. ff. de Reg. jur.

b ad §. 5. Inſt. de inutil. ſtip.

c d. §. 5. inſt. de inutil. ſti-

men conciliatio violentior est quam ut admitti possit, cum locus ipse doceat Ulpianum hoc exemplum summarum diversarum non referre ad exceptionem, sive eam diversitatem, quæ verè diversitas est & tamen non vitiat stipulationem, ob aliud placitum illico insecutum, de qua ante egerat; sed ad eam diversitatis speciem, quæ diversitas quidem videtur, sed verè non est, atque ideo stipulationem non vitiat. Unde etiam consequitur, etsi aliud placitum non sustineat stipulationem, in qua diversa summa rogata & promissa est, quod tamen ea minimè vitiosa sit. Alii inter æquitatem & strictum jus distinguunt: Alii alias, & varii varias conciliationes adferunt, quæ latius persequitur Nicolaus de Passeribus a. Rectissimè post Bartolum, Albericum, Donellum aliosque sentit Vinnius, locum illum Institutionum, ut alia non pauca, parum curatè à Triboniano descriptum, ex Pandectis declarandum & interpretandum esse putans, siquidem res ipsa loquitur de diversitate quæ vitiat aut non vitiat stipulationem, plenius, diligentius magisque distincte in his quam in illis agi. Quod ergò Justinianus dicit *inutilem esse stipulationem*, id eodem sensu accipiendum est, quo Ulpianus dicit *non erit contracta obligatio*. Atqui Ulpianus id disertè limitat verbis *nisi in decem*. Ergò nec Justiniani dictum simpliciter intelligendum. Non sunt contraria cum unus locus plus, alter minus dicit; quod hoc casu maximè admittendum est, quo non de unius JCti singulari aut incertâ sententiâ agitur, sed tota analogia juris cum Ulpiano hâc in re conveniunt, cui si quid contrarium Justinianus statuere voluisset, non inter cætera, non in Elementis juris, non ambiguo dicto, quod etiam cum Ulpiani responsu commodè conciliari potest, id fecisset, sed constitutione aliquâ expressâ Ulpiani cumque eo sentientium sententiam damnasset & antiquasset. At hanc non damnavit, non antiquavit, nec ullam contrariam constitutionem edidit, quin potius Ulpiani aliorumque JCtorum responsa inter leges Pandectarum fulgere voluit, additis fundamentis & rationibus eorum nequaquam infirmis, sed & jus non absimile Codici inseruit, quæ omnia cum probaverimus, nemo cum ratione dubitare poterit, an Justinianus aliud voluerit quam Ulpianus, & num diversitas summarum vitiet stipulationem in totum. Primo ergò de ratione Ulpiani, & num illa cum aliorum JC. princi-

a pag. 756. & seq.

principiis & rationibus conveniat videamus. Dicit autem Ulpianus ideo ſtipulationem in quâ major minorve ſumma rogata quam promiſſa eſſe non eſt vitioſam *quia* (inquit) *manifeſtiſsimum eſt viginti & decem ineſſe.* Allegat rationem, non obſcuram, non dubiam, non controverſam, ſed *manifeſtiſsimam.* Et reverâ adeo manifeſta eſt, ut nemo, cui ſenſus communis eſt, contrarium dicturus & decem viginti ineſſe negaturus ſit. Ex manifeſtiſſimâ hac ratione manifeſtiſſimè conſequitur, eum qui decem rogatus viginti reſpondit, non diverſum ſed idem quod rogatus erat reſpondiſſe: & eum qui viginti rogans, reſponſum de decem accepit, non diverſum, ſed idem rogaſſe quod reſponſum eſt. Quid ergò etiam manifeſtius, quam nullam heic eſſe diverſitatem, ubi idem rogatum promiſſumque eſt. Quid ergo etiam manifeſtius, quam in tantum valere ſtipulationem adeoque in *decem contractam obligationem?* Licet enim oporteat congruere ſummam adeoque ratione majoris vitiata ſit ſtipulatio; quod ea ab utroque ſtipulante & promittente non fuerit expreſſa, tamen ratione minoris ſummæ congrua eſt interrogatio, & reſponſio, adeoque & utilis ſtipulatio. Eodem fundamento & in cauſâ heredis inſtituti Ulpianus utitur, quando *quadrantem ſemiſſi ineſſe* [a] & Javolenus, quando id *quod pluris eſt utique tanti eſſe* [b] dicit; cum quibus convenire videtur regula illa juris *in toto partem non eſt dubium contineri* [c] Objecerit fortè quis id in aliis locum habere poſſe, non vero in ſtipulatione ex apicibus & formulis Romanorum æſtimandâ. Secundum has oportere interrogationem & reſponſionem congruere, etiam in verbis, adeo ut nec æquipollentia, & quæ interpretatione haud indigent, ſufficiant. Unde minus valere videtur promiſſio non diverſis verbis tantum, ſed & de diverſâ ſummâ facta. Neque tempore Ulpiani longiſsimo intervallo ante Leonianam conſtitutionem viventis laxata erat ſtipulandi formula. Unde minus credibile quoque videtur, eam tum valuiſſe ſtipulationem, in quâ reſponſio nec in verbis, nec in ſumma cum interrogatione convenit, ſed interpretatione ſubtili conciliatur. At hic ſcrupulus nos minimè urget, ſi conſideremus Veteres etiam cum maximè obligandi formulas & verba illa ſpondes? ſpondeo. fidejubes? fidejubeo, ſimiliaque obſervarent, ſtipulationem tamen ſemper tanquam contractum ſpectaſſe, in eoque voluntatem contrahentium maximi feciſſe ne ſcilicet contractus hic juris civilis à naturali

a *l. 9. §. 3. ff. de hered. inſtit.*
b *l. 9. ff. de in litem jur.*
c *c. 80. de Reg. juris in.*

naturali æquitate, quæ omnem etiam minus solenniter datam fidem factamque promissionem servari vult, longius recederet: Unde etsi id quod in stipulationem deducitur ex ipsis verbis non adeo liqueret, si tamen voluntas stipulatoris & promissoris vel ex communi hominum ingenio, similive indicio indubitato constaret, utilem eam pronunciarunt; id quod ex supra relatis locis Ulpiani, Pauli, Florentini & aliis liquet. Quare & minimè mirum est, si Ulpianus cæterique Jurisconsulti considerantes voluntatem contrahentium, quæ causa est obligationis, negent differentiam summæ majoris & minoris esse diversitatem, quæ vitiare possit contractum. Fac enim me tibi decem roganti promisisse viginti, nemo certè dubitabit num ego idem voluerim dare quod tu rogasti, hoc est decem. Fac contra Tibi viginti interroganti, decem me respondisse. Heic equidem magis de voluntate dubitari possit. Quid enim si dixero, an mihi pro equo meo 20. dare spondes, tu decem spondeas? Quid si minor summa indigna sit stipulatore, an idem voluisse stipulatorem promissoremque dicemus? Attamen ubi naturam contractus contrahentiumque curatius perpendimus, idem voluisse dicendum erit. Quando enim naturâ hic contractus μονόπλευρος est, solusque ex eo tenetur promissor, jus facile præsumit quicquid promittitur, stipulantem in lucro deputare, adeoque facile acceptare, quod si indigna stipulante aliquando promittatur summa, id rarius fieri, adeoq; & alienum esse à generali legis dispositione [a], spectante quæ ἐπὶ τὸ πλεῖστον fiunt. Sed & sufficere poterit stipulanti quod liceat ei minorem illam summam non exigendo aspernari, etsi promissor secundum generalem juris regulam teneatur. Alia ratio est in contractibus aliis qui non sunt μονόπλευροι. Est autem & aliud fundamentum juris quo probat Ulpianus diversitatem summarum non vitiare stipulationem: *quia (inquit) scire debemus in stipulationibus tot esse stipulationes quot summæ, totque esse stipulationes quot species sunt, secundum quod evenit, ut mixtâ unâ summâ vel specie quæ non fuit in præcedenti stipulatione, non fiat novatio, sed efficit duas esse stipulationes. Quamvis autem placuerit tot esse stipulationes quot res, tamen si pecuniam quis quæ in conspectu est, stipulatus sit, vel acervum pecuniæ, non tot sunt stipulationes quot nummorum corpora, sed una stipulatio. Nam per singulos denarios singulas esse stipulationes absurdum est* [b]. Hæc certè & regula & exceptio, uti pluribus aliis locis quoque probatur [c], ita ex eâ mani-

a l. 3. 4. 5. ff. de ll.

b l. 29. pr. ff. de V. O.

c l. 75. § 9. l. 116. § 2. l. 134. in fin. l. 40 ff. de V. O. l. 28. ff de donat. Vid. Gothofr. ad d. l. 29.

festissimè constat, cum qui viginti stipulatur, non unam sed tot facere stipulationes, quot minores summæ viginti illis insunt, adeoque etiam stipulari decem, hisque promissis, utilem esse stipulationem eamque separatim & per se subsistere, nec vitiari ratione aliorum decem quæ promissa non sunt, cum plures sint stipulationes, nec utilis per inutilem vitietur: quod & Ulpianus mox subjicit [a], & aliis saltem non innumeris Authoribus locisque juris probatur, ut tandem ceu perpetuum axioma regulis juris Canonici annumeratum sit [b]. Sic si quis sibi & alii stipuletur centum aureos, licet alii stipulatio facta inutilis sit, sibi tamen quinquaginta acquirit, & pro parte ea utilis per inutilem non vitiatur, decidente Justiniano [c]. Sic & ait Paulus [d]: *Si ego plures res stipuler, Stichum puta & Pamphilum, licet unum spoponderis, recte responsum est; videris enim ad unam ex duabus stipulationibus respondisse.* Propter duas species hic duæ dicuntur stipulationes, quarum altera inutilis alteram utilem minimè vitiat. Idem in summis servandum esse Ulpianus ante nos docuit. At hanc regulam non in stipulationibus tantum, sed & in plerisque aliis negotiis quoque servari videmus. Hinc est quod Julianus & plerique Jurisconsulti (licet nonnullis forte aliud visum sit) responderunt obligationem mandati pro parte utilem pro parte inutilem esse. *Rogatus* (inquit ille) *ut fidejuberet, si in minorem summam se obligavit, rectè tenetur: si in majorem, Julianus verius putat, quod à plerisque responsum est, eum qui in majorem summam, quam rogatus erat fidejussisset, hactenus mandati actionem habere, quatenus rogatus esset* [e]. Etsi enim Sabinus & Cassius totam obligationem vitiari noluerint, contraria tamen sententia uti benignior & æquior, ita quoque Juliano cæterisque JCtis & Impp. ipsis magis probata fuit [f]. Hinc etiam est quod de constituto Ulpianus ait [g]: *Si quis centum aureos debens ducentos constituat, in centum tantummodo tenetur.* Sicque nec utile constitutum per inutile vitiatur. Hinc quoque est quod Impp. Diocletianus & Maximianus utilem intercessionem per inutilem vitiari negant, quando ajunt [h]: *Si ultra hoc quod accepit ea, pro quâ te mandatario nomine intercessisse commemoras, daturum scripsisti, Præses Provinciæ ex hoc quod ultra mandatum tuum numeratum est à te nihil exigi patietur.* De casu hujus legis non eadem omnium, & alia Cujacii, alia aliorum; melior autem Gothofredi [i] est sententia, hanc speciem facti statuentis. Hermianus mandavit viginti credi Mæviæ. Decem ve-

rò

a d. l. 1. §. 6. ff. de V. O.
b utile de reg. jur. in 6.
c §. 4. Inst. de inut. stip.
d l. 83. §. 5. ff. de V. O.
e §. 8. Inst. de mandat.
f l. 33. ff. Mandat.
g l. 11. §. 1. ff. de Constitut. pecun.
h l. 22. C. de Fidejussor.
i ad d. l. 22.

rò duntaxat numerata sunt Mæviæ. Hermianus non nisi in decem obligatus mandatumque ejus pro parte utile & pro parte inutile est, nec illud per hoc vitiatur. Similiter inutilis dotis promissio utilem non vitiat, de quo JCtus Terentius Clemens [a]: *Sive generalis curator, sive dotis danda constitutus sit, & amplius doti promissum est, quam facultates mulieris valent, ipso jure promissio non valet, quia lege rata non habetur authoritas, dolo malo facta. Quærendum tamen est utrum tota obligatio, an quod amplius promissum est, quam promitti oportuit, infirmetur? Et utilius est dicere, id quod superfluum est tantummodo infirmari.* Quæ cum ita se habeant in hisce, cur non etiam se habeant in similibus? Quidni idem in fidejussione obtineat? Et si reo debente centum fidejussor se obligaverit in ducenta, quidni fidejussor teneatur in centum? Cur stipulatio inutilis vitiaret utilem? Cur una summa promissa non solveretur, ob aliam non promissam? Cur minor non inesset majori? Cur voluntas fidejussoris non esset rata? & qui amico officium fidemq; in gravioribus vult exhibere, cur non vellet & admitteretur in levioribus, maximè cum fidejussio hac in re nihil speciale habeat, sed omnium pro aliis intercessionum naturam sequatur [b]. Non hæc aliena esse à ratione veterum Jurisconsultorum & Imperatorum ex antedictis satis constat. Sicque rectè sentiunt Alciatus, Duarenus, Fornerius, Gomesius, Perezius, aliique plurimi quos refert & sequitur Harprechtus [c], à quibus tamen divortium faciunt Accursius, Bartolus, eosque secuti Hottomannus, Gœddeus, Giphanius & sexcenti alii, totam illam fidejussionem inutilem esse pronunciantes. Alii autem magni nominis Jurisconsulti mediam ineuntes viam, distinguunt an creditori summam sibi debitam à reo stipulanti fidejussor majorem promiserit, an verò ipse creditor majorem summam stipulatus sit, sicque promittentem fidejussorem in majorem summam acceperit? Priori casu admittunt fidejussoriam obligationem utilem esse pro parte debitâ, ob rationes ante à nobis allatas, quodque negari non potest, stipulationem ipsam, cujus species est fidejussio, hoc modo subsistere. Posteriori, putant fidejussionem prorsus inutilem esse, *quia* (inquiunt) *in hoc diverso à principali obligatione contractu, & à parte fidejussoris alia quantitas in stipulationem delata est.* Verum hæc distinctio uti paucioribus probata, ita minus probanda videtur, quia omnes rationes quæ priori casu obligationem firmant, non tantum posteriori

a *l. 61. pr. ff. de jur. dot.*

b *l. 8. §. 7. ff. de fidejuss.*

c *ad §. 5. Inst. de fidejussor.*

riori quoque locum habent, sed & fortiores fimioresque videntur; tum, quod maxima dubitandi ratio de diversitate interrogationis & responsionis heic cessat: tum, quod omnes illæ hypotheses & rationes quibus JCti probant Stipulationem principalem non vitiari diversitate summarum, in fidejussoriâ, seu accessoriâ quoque locum habent. Annon enim hic quoq; minor summa inest majori? Annon hic quoque æqua est regula illa juris, utile per inutile non vitiatur? Annon hic quoque spectanda est voluntas contrahentium? Cum enim ipsa forma stipulationis perfecta sit & fidejussor qui stipulanti creditori majorem summam promittit, non unam sed plures promittat, scilicet & summam debitam, & ampliorem, quæ non debetur, cur non debitæ inutilis promissio vitiaret utilem summæ debitæ? Cur voluntas fidejussoris qui in majorem summam se vult pro amico obligare, non erit rata in minori summa quam magis voluisse intelligitur. Et si hæc omnia locum habeant nec diversitas summæ vitium fecerit in stipulatione, in qua tam exacta convenientia interrogationis & responsionis formæ loco desideratur, quanto magis habebunt locum in fidejussione convenienti interrogatione & responsione constante? Quod si quis heic objiciat, Fidejussionem illam in majorem summam constare quidem iis quæ pertinent ad formam stipulationis, laborare autem ex eo, quod proprium est fidejusſionis, scilicet ne in duriorem causam teneatur fidejussor quam debitor ipse; recte respondebitur, etsi promissio sit in majorem summam facta, obligationem fidejussoris tamen non esse in majorem summam contractam, & posterius quidem alienum esse à naturâ fidejussionis, prius non item: quod manifestum fiet verba Justiniani & veterum jurisconsultorum attentius consideranti. Non enim ait Justinianus: *Fidejussor plus promittere non potest*, sed ait: *Fidejussores ita obligari non possunt ut plus debeant* [a]. Sed hisce communiter objiciunt locum celebrem Ulpiani, qui ait: *Illud commune est in universis qui pro aliis obligantur, quod si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari* [b]; quam phrasin *omnino non obligari* ex Latini sermonis ratione putant, alii idem indigitare quod *nullo modo, nec ullâ ex parte obligari.* Hinc sunt qui hunc scrupulum eximi posse desperant, nisi cum Holoandro legant *non omnino* pro *omnino non.* Sed nodum in scirpo & leves transpositiones verbulorum quid quærimus ad eruendam sententiam Ulpiani, quam ipse tum

a §. 5. *Inst. de fidejuss.*

b *l. 8 7. §. 7. ff. de fidejussor.*

hoc

hoc ipso, tum aliis locis manifestè satis indicat. Et hoc ipso quidem loco Ulpianus apertè pronunciat non speciale jus in fidejussione, *sed illud quod commune est in universis qui pro aliis obligantur* observari, *quod in duriorem causam adhibiti omnino non obligentur*. Ergo uti constituens, mandans & similis omnino non obligatur, ita nec fidejussor. Horum autem obligationem utilem per inutilem non vitiari, eosque in majorem tantum summam omnino non obligari contra Sabinum & Cassium receptum esse, supra probatum est. Ergò & fidejussor secundũ commune hoc jus in duriorem causam acceptus, rectè in concurrentem summam obligatur. Atque hanc communem benigniorem & receptam sententiam sibi magis probari puto indicare Jurisconsultum verbo *placuit*, quo loquendi genere solent uti, cum vel contra stricti juris rationem quid receptum, vel quod ante controversum post decisum est. At inquis si hæc sententia est Ulpiani, cur non aliis utitur verbis, cur dicit *omnino non obligari?* Non jam respondebo JCtum hunc Magistratu & rebus maximis occupatum de verbulo leviter transponendo parum anxium fuisse, quod aliàs non semel observari debet, sed dicam potius Jurisconsultos & maxime Ulpianum eodem sensu dixisse *omnino non* quo *non omnino*, eodemque sensu voculam *non* modo postposuisse, modo præposuisse. Ut nunc de aliis non dicam: sic Ulpianus lib. 52. ad Edict. ait *omnibus non sufficere* pro *non omnibus sufficere* [a]. Idem lib. 77. ad Edictum: *Omnes statos non esse* pro *non omnes statos esse*. Idem lib. 24. ad Edict. *potest non recusare*, pro *non potest recusare*. Minus antedictis obstat quod Papinianus dicit contra juris formam contractam esse fidejussionem si fidejussor aliud respondeat vel in duriorem causam se obliget [b]. Jam enim abundè ante demonstratum sæpiusque monitum est, aliud minimè esse responsum cum de minore aut majore summá responsum est, nec obligari in duriorem causam fidejussorem licet plus promittat. Nihil hisce quoque officit locus in fragmentis Gaji [c], quo dicitur: *Si creditor decem solidos debitorem interroget, & debitor quinque promittat, hoc ordine integrum debitum vacillare cognoscitur.* Præterquam enim quod alii respondent, integrum debitum vacillare aliud esse, quam totam obligationem extingui, priusque illud significare integrum debitum in dubium & controversiam vocari, certum est fragmentis illis nullam juris authoritatem esse. At inquis saltem ut historicum monumentum docent, quæ fuerit

a l. 5. §. 6. ff. de nov. op. nunc.

b l. 49. in fini ff. de fidejussor.

c lib. 2. tit. 9.

veteris Jurisconsulti sententia, à quâ jus Pandectarum alienum esse minime probabile est. Sed ne hoc quidem probant, cum de integritate & authore earum Institutionum non satis certi simus. Alii ad evertendam stipulationem fidejussionemq; diversarum summarum axioma quoque adferunt, quod stipulatio inutilis sit cum adjicitur ei vel detrahitur [a], quod diversitas summæ idem operetur, quod adjectio conditionis [b], quod stipulatio sit actus individuus [c], qui pro parte valere & non valere non potest [d]. Sed ad hæc similiaque facilis est ex jactis ante fundamentis responsio. Cæterum uti hanc sententiam juri convenientiorem probavimus, ita eandem & æquiorem, & in foro receptam esse vel ipsi Dissentientes fatentur, ut liquet ex Argentræo [e], Gomezio [f], Heringio [g], Groenewegio [h], Vinnio [i], aliisque. Sed plus satis fortè de iis, quæ ad formam stipulationis pertinent dictum. Videamus cætera definitionis verba, quibus finis & materia ejus significatur. Dicitur enim *dandi aliquid faciendive causa* [k]. Nam ut Justinianus ait: *non solum res, sed etiam facta in stipulationem deduci possunt* [l]. Sicque Paulus dicit: *Stipulationum quædam in dando, quædam in faciendo consistunt* [m]. Verbum autem *dare* hoc aliisque locis significat dominium transferre [n], sicque *facto* opponitur, cum alias qui dat etiam facere intelligatur, teste Papiniano [o], & facti vocabulo datio comprehendatur [p]. Verbum faciendi heic sine dubio & *non facere* significat. Nam & qui abstinet facto, facit; & privatio actionis, ipsa actio est. Unde Paulus Jurisconsultus ait: *qui non facit quod facere debet, videtur facere adversus ea, quia non facit* [q]. Aliàs Ulpianus faciendi & non faciendi obligationem hisce distinguit: *qui id quod in faciendo aut non faciendo consistit stipulatur, incertum stipulari videtur: in faciendo, veluti fossam fodiri, domum ædificari, vacuam possessionem tradi. in non faciendo: veluti per te non fieri quo minus mihi per fundum tuum ire agere liceat, per te non fieri quominus mihi hominem Erotem habere liceat* [r]. Et sane naturâ suâ differunt factum & non factum, & hujus illiusque obligationis alius atque alius in jure cernitur effectus. Faciendi enim stipulationes committuntur exacto tempore quo factum promissum præstari potuisset & debuisset [s]: Non faciendi autem stipulatio committitur tum demum, cum aliquid factum est contra promissum [t]. Utramque autem stipulationem & faciendi & non faciendi Ulpianus incertam dicit; quod alii de eventu incerto tantum intelligunt, quod scilicet incertum

a l.1.§.3.ff.de V.O.
b §.5. Inst. de inutil. stip.
c l.2.§.1.l. 137.ff.de V.O.
d l.30.ff.de op. libert.
e ad consuet. Britan. art. 205.
f 2. resol. 13. n. 2.
g de fidejuss. c. 29. n. 52.
h ad l. 8. de fidejuss.
i ad §. 5. Inst. de fidejussor.
k pr. Inst. de V. O.
l §. ult. eod.
m l.2. pr. ff. de V. O.
n l.75. in fin. ff eod. §. 14. Inst. de act.
o l 218. d. V. S.
p l.60. ff. de Cond. & dem.
q l.121. ff. de R. I.
r l.75. §. 7 ff. de V. O.
s l.14 l.72 l. 84. ff de V. O.
t l.2 §. pen. l. 4. ff. eod.

tum

tum sit an promissor facturus aut non facturus sit. Rectius autem hoc quoque ad effectum actionis extenditur, ut scilicet ex utrâque stipulatione agat creditor ex stipulatu ad consequendum quod sua interest, & debitor si factum præstare nolit, præstando quod actoris interest recte se liberet. Etsi enim factum in obligatione versetur, & debitor ante litis contestationé præstando factum liberetur [a]. Tamen si promissori incommodum sit, displiceat ve facere quod promisit, durius & species servitutis visa est Romani juris authoribus, si invito factum extorqueretur. Itaque sufficere nec habere creditorem quod conqueratur, judicarunt, si ei præstetur quod ejus interest, hoc est quod ei abest quodque lucrari potuisset [b]. Hinc Celsus ait; *quia non facit quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus* [c]. An autem regula illa quod promissor facti præstando interesse liberetur in omnibus omnino factis locum habeat, non ita expeditum est. Sunt ex interpretibus qui hic distinguendum putant inter facta quæ nuda sunt, & simplicia, quæque in meris faciendi finibus consistunt, & ea quæ rei alicujus præstationem sive dominii aut alterius juris translationem continent, quæ distinctionis causâ facta prægnantia appellare & magis pro datione quam factis habere solent, putantes ad prius genus regulam Celsi pertinere, ita ut ne creditor quidem tale factum petere possit, ad posterius autem non pertinere, sed factum & peti posse & præcisè præstari debere si præstandi potestas sit Debitori: eaque videtur & communior Interpretum & moribus statutisque nostris convenientior sententia, teste Vinnio [d], Groenwegio [e] & aliis, quam tamen à sensu juris Romani alieniorem puto. Etsi enim differentia quædam sit inter facta nuda & alia, eaque Ulpiano & aliis observata [f], quod tamen præstandi factum præcisam necessitatem attinet, ea minimè distinguuntur. Celsus indistinctè de omnibus obligationibus faciendi pronunciat. Ulpianus ubi de incertis stipulationibus agit, vacuæ possessionis traditionem, quam alio loco non nudum factum esse dixerat, cum nudis factis fossam fodiendi & domum ædificandi miscet [g]. Nec Justinianus, ubi de præstando interesse loco facti sollicitè agit, distinctione illâ utitur, sed quia in omnibus obligationibus faciendi interesse præstari idque valde incertum esse videt, author est, ut quoties quid fieri vel non fieri stipulamur, ne de incerto interesse cum promissore litiga-

re

a l. 84. ff. de V. O.

b l. 13. ff. rem rat.

c l. 13. in fin. ff. de Re jud.

d ad §. ult. Inst. de V. O.

e ad d. l. 13. ff. de Re jud.

f l. 52 §. 1. add. l. 5 §. 1. ff. de V. S.

g d. l. 75. §. 7.

re necesse habeamus, stipulationem pœnalem subjiciamus. Verba Imperatoris hæc sunt: *Non solum res in stipulatum deduci possunt sed etiam facta; ut, si stipulemur aliquid fieri, vel non fieri, & in hujusmodi stipulationibus optimum erit pœnam subjicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit. itaque si quis, ut fiat aliquid stipuletur, ita adjici pœna debet, si ita factum non erit pœnæ nomine decem aureos dare spondes? sed si quadam fieri quadam non fieri unâ eâdemque conceptione stipuletur quis, clausula hujusmodi erit adjicienda, si adversus ea factum erit, sive quid ita factum non fuerit, tunc pœnæ nomine decem aureos dare spondes*[a]*?* Quæ omnia de omnibus factis & non factis cum simpliciter pronuncientur, cumque ratio quæ facit ne facta pura abcise præstari debeant, etiam locum habeat in factis cæteris, idem quoque de omnibus jus Romanum esse videtur, quâ de re alio quoque loco fusius agendum erit. Cæterum videtur etiam esse mixta quædam stipulatio quæ partim in dando, partim in faciendo consistit: de quâ sic quoque Justinianus: *Veteris juris altercationes decidentes, generaliter sancimus omnem stipulationem, sive in dando sive in faciendo, sive mixta ex dando & faciendo inveniatur, & ad heredes & contra heredes transmitti*[b]. Talis autem stipulatio videtur cum quis rationes reddere promisit. Quia enim non tantum rationes debet rectè conficere, & confectas exhibere, ut legi computarique possint, sed & reliqua reddere sive dare, ideoque teste Callistrato *hæc res ex mixturâ quâdam consistit, incipiens à facto & perveniens ad pecuniæ dationem*[c]. Una enim eademque res non est factum & datio, sed duæ illæ res uno negotio reddendarum rationum promisso simul promissæ intelliguntur.

a §. ult. Inst. de V. O.

b l. 13. C. de Contr. & com. stip.

c l. 82. ff. de Cond. & dem.

Sic absolvimus definitionem stipulationis. Videamus nunc ejus usum qui varius & potissimum triplex est. Primo enim firmat ita nuda pacta ut quod sic promissum est efficaci actione peti possit: Secundo ipsis contractibus adjecta obligationem eorum certiorem firmioremque reddit: Tertio denique obligationem civilem ipso jure solvit, quæ singula paulo plenius examen merentur. Quod ergò confirmationem nudorum pactorum attinet, eam manifesto probant Imperatores, cum dicunt: *Ex placito permutationis nullâ re secutâ, constat nemini actionem competere, nisi stipulatio subjecta ex verborum obligatione quæsierit partibus actionem*[d]. Cum quo convenit illud JCti Hermogeniani[e]: *Divisionis placitum, nisi traditione vel stipulatione sumat effectum ad actionem ut nudum pactum nulli prodesse poterit.*

d l. 3. C. de rer. permut.

e l. 45. ff. de pactis.

Equidem

Equidem pactum de permutando vel dividendo, quod nulla rei datio vel traditio subsecuta est, si vel per epistolam, vel per nuncium, vel aliàs citrà formam stipulationis initum sit, jure civili obligatiotionem non parit, si tamen idem promissum per stipulationem fiat, promissor civiliter obligatur, ob rationem differentiæ supra à nobis redditam. Sic ergò stipulationis forma facit, ut id negotium, quod aliàs nudum pactum fuisset, nunc contractus firmus validusque sit, utque ad fidem datam servandam actione compelli possit promissor, qui aliâs civiliter minimè obligatus fuisset. Ex quo intelligitur stipulationem non tantùm præcedentia pacta nuda indeque natam naturalem obligationem firmare, id quod constitutum quoq; jure Prætorio facit, sed & vi propriæ suæ formæ, civilem obligationem primum introducere, instar aliorum nominatorum contractuum. Quid vero si stipulatio adjecta sit contractui necnominato, an & hunc ita firmabit, ut ab eo recedere non possit, qui aliàs vel pœnitentià ductus, vel ab causam non secutam recedere & à se data condicere posset si vellet? Communis Doctorum schola id simpliciter affirmat: & rectè quidem. Si enim, ut ante vidimus, stipulatio nuda pacta ita firmat, ut vim & robur contractuum accipiant, quantò magis ita firmabit ea pacta, quæ jam datione ex parte impleta sunt? Et si efficit, ut ex pacto, quod aliàs nudum fuisset, promissum peti possit, quanto magis efficiet, ut quod & promissum, & solutum est, retineri queat? Quod autem justè retinetur à contrahentium altero, alter nec ob pœnitentiam, nec aliam ob rem repetere poterit. Id quod haud obscurè indicant Imperatores, cùm ajunt: *Emptionem rebus fieri non posse pridem placuit; Igitur cùm frumenti certam modiationem Callimacho & Acamalo te dedisse, ut tibi repræsentet olei designatum pondus, adseveres; si placitis citra stipulationis solennitatem non exhibeant fidem, quantum dedisti, causâ non secutâ condicere pro desiderio tuo potes* [a]. Dicitur quod datum posit condici ob causam non secutâm, si stipulationis solennitas non intervenit. Ergò, si intervenit, non poterit condici. Nec mirum, cùm condictionem datorum ob causam non secutam, in nominatis contractibus (qualis est stipulatio) cessare, manifestissimi juris sit [b]. Unde & iidem Imperatores alio loco dicunt: *Si vero nulla stipulatio intercessit, præscriptis verbis actio est, ut vel fides placiti tibi servetur, vel quod alterius accipiendi fundi gratia dedisti, causâ non secutâ restituatur* [c]: ubi condi

[a] l. 7. C. rer. permut.

[b] l. 12. C. de R. V. l. 6. 14. C. de Resc. vend. l. 5. C. de O. & A.

[c] l. 4. C. de rer. perm.

condictionem datorum causâ non secutâ iterum expressè restringunt ad casum contractus necnominati, in quo nulla stipulatio intercessit. Dissentit tamen à communi scholâ Sutholtius [a], absurdum & iniquum putans, si per stipulationem fiat, ut non secutâ causâ condici nequeat quod datum est, quia stipulatio recipit interpretationem ex naturâ contractus ejus cui adjecta est [b]; Unde concludit stipulationem contractui necnominato adjectam, operari tantùm, ut si ex nudâ pœnitentiâ res condicatur, ex stipulatu ad interesse agi possit; si verò ob causam non secutam, agi non possit: quæ tamen distinctio minus probanda videtur: tum, quòd superius citatæ Impp. constitutiones de casu causæ non secutæ agunt: tum, quòd nullus juris locus inter casum pœnitentiæ & causæ non secutæ discrimen facit: tum quòd pœnitentiæ non aliter locus est, quàm cùm causa non est secuta: tum denique, quòd distinctio illa falsâ nititur hypothesi, quasi arbsurdum & iniquum sit non repetere data ob causam si ea non insequatur, cùm omnes contractus nominati, & illi necnominati, in quibus quid non datur, sed fit ob causam, testentur nihil iniqui esse, si repetatur causâ non secutâ, quod alius ob eam dedit fecitve, dummodo interesse præstetur. Nec ad rem pertinet, quòd stipulatio contractui adjecta ex naturâ ejus interpretationem recipiat, siquidem hîc non de interpretatione, sed firmitate stipulationis agitur, certumque est, per stipulationem firmiores certioresque fieri conventiones quibus adjicitur, adeoque illam ab his interpretationem, sed has ab illâ firmitatem & certitudinem accipere, id quod ex consideratione secundi usus stipulationis manifestius fiet. Nam hunc quod attinet, stipulatio etiam validissimis contractibus jurisgentium maximè bonæ fidei utilissimè adjungitur, non solum ut certior, sed & ut firmior inde fiat obligatio. Cùm enim ante inventam stipulationem homines hâc lege contraherent, *ut inter bonos agier oportet ita agamus*, teste Cicerone [c]; cumq; uti bonos decet alter alterius fidem sequeretur, multaque ex bono & æquo præstarentur, de quibus nihil erat nominatim dictum: sic venditis ædibus, seræ, claves, claustra multaque alia etiam quæ affixa non sunt (teste Ulpiano [d]) emptori cedebant, & fundo vendito sterquilinia, stramenta & similia debebantur ex bono & æquo, licet de omnibus illis nihil dictum esset [e]. Quando autem ejusmodi præstationes valde incertæ erant, cœperunt inter contrahen-

a *diss. 14. aph. 9.*
b *arg. l. 4. §. 2. ff de pact. l. 4. §. quia ff. de Usur. l. 17. v. quare ff de reb. auth. jud. poss.*
c *lib. 3. Offic.*
d *l. 17. pr. ff. de act. empt.*
e *d. l. 17. §. 2.*

trahentes oriri controversiæ, an hoc vel illud deberetur nec ne; ad quas tollendas Romani invenerunt contractum, ex quo tantum deberetur, quantum esset à contrahentibus expressum, quod ut æquius justiusque fieret, alter certis conceptisque à se verbis alterum rogare, rogatusque iisdem verbis respondere cogebatur, quo facto neque stipulator plus petere poterat, quàm conceptis à se verbis rogasset, neque promissor minus solvere poterat, quàm expressis verbis promisisset, totumque debitum certum firmumque fiebat per stipulationem, quod alias incertum controversumque fuerat; unde & stipulationem à stipite, vel stipulo, quod est firmum, dictam & omnibus ferè negotiis ita firmandi causâ subjectam fuisse, antè nobis observatum est. Si quæ verò de ipsâ stipulatione controversia oriretur, ea facile decidi poterat inspectis verbis stipulationis, quæ strictè & propriè accipiuntur, ita ut promissor nihil debeat, nec aliud solvere possit, quàm quod expressis verbis ab eo promissum est, uti Celsus eleganter ait: *Quicquid adstringendæ obligationis est, id nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est, ac ferè secundùm promissorem interpretamur, quià stipulatori liberum fuit verba latè concipere* a. *Nec rursum promissor ferendus, si ejus intererit, de certis potius vasis aut hominibus actum.* Sed hæc secus se habent in aliis contractibus bonæ fidei, quibus firmandis stipulatio adjici solet. Unde Paulus ait: *Tantundem in bonæfidei judiciis officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio* b: cum quo convenit illud Modestini: *Est constitutum in bonæ fidei judiciis, quod ad usuras attinet, tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio* c. Hoc est, Judex in bonæ fidei judiciis usuras etiam non promissas, non minus rectè ex bono & æquo adjudicat, quàm si nominatim stipulanti promissæ sint. Ex quo facile intelligitur plus peti posse, multoq; ampliorem esse potestatem judicis in judicio bonæ fidei, quàm in stipulatione. Hinc Pomponius ait, *si emptor vacuam possessionem tradi stipulatus sit & ex stipulatu agat, fructus non venient in eam actionem, quia & qui fundum dari stipularetur, vacuam quoque possessionem tradi oportere stipulari intelligitur, nec tamen fructuum præstatio eâ stipulatione continetur. Neque rursus plus debet esse in stipulatione, sed ex empto superesse ad fructuum præstationem* d. Ergo actione ex stipulatu non aliud petitur, quàm quod in stipulationem deductum est, nisi forte quid sit, sine quo id, quod in stipulationem deductum est, esse non

a *l. 99. ff. de V. O.*

b *l. 7. ff. de Neg. gest.*

c *l. 24. ff. depos.*

d *l. 3. §. 1. ff. de act. empt.*

 possit,

possit, quomodo si datio fundi in stipulatum deducta sit, traditio quoque deducta intelligitur, quia datio, hoc est, dominii translatio, sine traditione fieri nequit. Traditio autem rei cùm sine fructuum præstatione fieri posit, consequitur, qui traditionem stipulatus est, eum fructus ex stipulatu petere non posse, licèt actione empti ut judicio Juris Gentium & bonæ fidei, adeoque laxiori, eos rectè petat. Cui tamen graviter videtur adversari JCtus Paulus, vel potius Papinianus juxta Florentinum & emendatiores Codices, qui & fructus tacitè in stipulatum sic deductos esse indicare videtur hisce: *Si stipulatus sis rem dari vacuamque possessionem tradi, fructus postea captos actione incerti ex stipulatu propter inferiora verba consecuturum te, ratio suadet*[a]. Molinæus, Hottomannus, Cujacius, quos refert & sequitur Wissenbachius[b], implacabile dissidium inter Papinianum & Pomponium esse putant. Sed non adeo desperata hæc res est. Accursius, Bartolus, Donellus, Gothofredus, & communis fere Doctorum schola dicunt, stipulatione *vacuam possessionem dari*, fructus non contineri: contineri verò stipulatione *rem dari & vacuam possessionem tradi*, quòd duo vincula plus ligent quàm unum: de priori sequi Pomponium, de posteriori Papinianum. Sed ne sic quoque nodus solvitur. Quanquam enim negari non potest, diversitatem casuum in responsis illis Jurisconsultorum reperiri, vix tamen conciliationem illam fert ratio Papiniani, qui non propter duas res conjunctim in stipulationem deductas, sed propter *posteriora verba*, scilicet, *vacuam possessionem tradi* stipulanti fructus addicit. Quod si communis illa responsio locum haberet, fructus deberentur non propter posteriora, sed priora adjecta verba. Goeddæus[c] cum Costalio verba Papiniani, *postea captos*, intelligit de fructibus *post litem contestatam captis*: quòd Papinianus eadem phrasi *postea captos*, alio quoque loco[d] hoc sensu utatur, quodque adeò hæc interpretatio ex usu loquendi ipsius auctoris proveniens optima videatur[e]. Equidem fructus post litem contestatam etiam in stipulationem aliaq; stricti juris judicia veniunt, juxta illud Pauli: *Si actionem habeam ad id consequendum, quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequar, etiamsi mora facta sit? Quòd si acceptum est judicium* (id est, litis contestatio facta est[f]) *tunc Sabinus & Casius ex æquitate fructus quoque post acceptum judicium præstandos putant, ut causa restituatur*:

a *l. 4. pr. ff. de usur.*
b *ad ff. tit. de act. empt. thes. 8.*
c *ad l. 75. ff. d. V. S. n. 5.*
d *l. 2. ff. de Usur.*
e *arg. l. 3. 7. ff. de supell. legat. l. 4. l. 24. §. 1. ff. de legat. 1.*
f *l. 2. ff. de Usur.*

tur: Quod puto rectè dici [a]: quæ sententia & aliis locis quoque probatur [b], quominus tamen illa Goeddæi conciliatio placere possit, faciunt tum verba illa Papiniani, *propter posteriora verba*, quæ indicant non ob litis contestationem, sed ob stipulationis verba, fructus præstandos esse (Nam quòd Goeddæus hæc verba alio trahit, parum consentaneum est:) tum, quod verbum *posteà* accipiendum sit pro subjectâ materiâ, adeoque pro *post litis contestationem*, ubi de litis contestatione actum est, pro *post moram*, ubi de morâ actum est. Alii alia, & varii varia tollendæ huic antinomiæ adferunt, eam tamen minimè tollentia. Sed verba legum & naturam stipulationis intuenti penitius, sic statuendum videtur: Pomponius negat *stipulatione emptoris vacuam possessionem tradi, contineri fructus*. Rectissimè, quia neque fructus conceptis verbis promissi sunt, neque tanquam pars possessionis, neque ut tale quid, sine quo possessio tradi aut esse nequeat, considerari possunt. *Nam qui rem tradi stipulatur nil dari, tantum tradi stipulatur*, teste Paulo [c]. Atqui hæc est natura ususque stipulationis, ut contractum ita certum reddat, ne promissor vel minimum præstare cogatur, quod in stipulationem non est deductum: quæ omnia minimè negat Papinianus, sed potius eo ipso libro, si alias plures inde sumptas leges [d] videas, manifestò probat & inculcat hanc strictam stipulationis naturam. Dicit tamen rationem suadere, ut *stipulator consequatur fructus*; quod Pomponius quoque concedit, sed datâ ad id *actione empti*. Papinianus autem dat ad id *actionem incerti*, eamque propter posteriora verba vacuam *possessionem tradi*, quibus factum in stipulationem deducitur, quòd si non præstetur, in locum ejus succedit præstatio ejus quod interest, sive lucri cessantis & damni emergentis æstimatio, quæ necessariò quoque fructuum, quibus ob factum omissum caret stipulator, æstimationem continet. Sic ergò hanc fructuum æstimationem consequetur stipulator non directò, quasi *dari promissi*, aut stipulatione contenti sint, quod rectè negat, quoque respicit Pomponius, sed per indirectum, quatenus omnis lucri cessantis & damni emergentis æstimatiò actione ex stipulatu peti potest. Quare probè observanda sunt verba Papiniani, de eo *quod stipulator consequi possit actione ex stipulatu* loquentis: & Pomponii, de eo quod *stipulatione continetur* pronunciantis. At inquis, sic quatuor remanent scrupuli: 1. Quòd Pomponius etiam actionem ex stipulatu deficere & ad

a *l. 38. § 7. ff. de Usur.*
b *l. 8. ff de re jud.*
c *l. 28. ff. d. V. O.*
d *l. 118 d. V. O. l. 9. de duob. reu. l. 18. de servor stip. l. 49. ff. de fidejussor. l. 43. ff. de judic.*

ad actionem empti refugiendum dicit. 2. Quòd Papinianus non de æstimatione, aut interesse, sed de fructibus ipsis loquitur. 3. Quòd nihil interesse videatur, an fructus considerentur ut fructus, an verò ut interesse, & quòd, qui unum negat venire in stipulationem, neget & alterum. 4. Quòd Papinianus non videatur frustra conjunxisse stipulationem utramque *rem dari* & vacuam possessionem tradi. Sed respondetur ad primum: Pomponius non negat interesse & sic per obliquum æstimationem fructuum venire in actionem ex stipulatu, sed negat fructus ut fructus in id judicium venire. Ad secundum respondetur: Etsi Papinianus non expressè loquatur de interesse, sententiam tamen hanc ejus esse facilè colligitur tum ex verbis *actione incerti ex stipulatu,* quæ suâ naturâ interesse persequitur: tum ex verbis *propter posteriora verba,* quæ obligationem ad factum, in cujus locum interesse succedit, designant. Ad tertium respondetur: Imò multum interest, an fructus *ut fructus,* an verò *ut interesse,* veniant in stipulationem. Priori enim casu omnes omnino fructus, etiam ii, quos stipulator stipulatore rem tradente capturus non fuisset, debentur. Posteriori, non alii veniunt in judicium, quàm quos capere potuisset. Respondetur ad quartum: Conjunxit Jurisconsultus utrumque & *rem dari, & vacuam possessionem tradi,* quia de separatis illis casibus nulla erat ratio dubitandi. Nam qui rem certam dari sibi stipulatur, is sine dubio condictione certi agit ad rem illam tantùm dandam [a]. Et qui factum stipulatur, ille sine dubio agit actione incerti ex stipulatu. Ubi verò datio & factum conjungitur, uti hoc casu, dubitari poterat, an condictio certi strictior & ad fructus petendos minimè sufficiens, an verò actio ex stipulatu, quæ ad interesse, & consequenter ad fructus petendos valet, competat, eamque competere Jurisconsultus rectè pronunciat. Neç aliam ejus fuisse mentem aut dubitandi rationem subsequentia manifestò testantur, quando ait: An idem de partu ancillæ (scilicet dari tradique promissæ) responderi possit, considerandum est? *Nam quod ad verba superiora* (scilicet rem dari) *pertinet, sive factum rei promittendi, sive effectum per traditionem dominii transferendi contineat,* (hoc est, licèt promissio dandi obliget ad dominium transferendum, quod per traditionem fit, & licet proinde illa promissio tacitè traditionem, hoc est, factum promittentis contineat) tamen *partus non continetur* (quia condi-

[a] *l. 9. ff. de reb. cred. pr. Inst. d. V. O.*

condictione certi petenda est ancilla dari promissa, & nihil amplius.) *Verum si emptor novandi animo* (id est, ut priorem obligationem ex vendito, ex quâ ad interesse agere poterat, tollat, & in obligationem verborum transfundat) *ita stipulatus est*, (id est, simpliciter ancillam venditam sibi dari, non conjunctim dari, & vacuam possessionem tradi (ut perperam Dionysius Gothofredus aliique putant) *factum tradendi stipulatus intelligitur.* Casus hic est exceptus & singularis, quo qui *dare* promisit, *factum* promisisse præsumitur ex contractu præcedenti, & hâc ratione: *quia non est verisimile plus venditorem promisisse, quam judicio empti præstare compelleretur.* Venditor judicio empti non tenetur ad dandum vel dominium transferendum, sed tantùm ad tradendum[a], atque ideò in stipulatione subsecutâ novandi causâ non præsumitur dationem, aut plus promisisse, licèt dandi verbo usus sit. Sed sic quidem venditor dicitur factum stipulari intelligi, reverâ autem non stipulatur, ideoque etiam Jurisconsultus non pronunciat actionem incerti ex stipulatu ei competere, eaque partum peti posse. *Sed tamen propter illa verba vacuamque possessionem tradi*, (quibus factum expressè in stipulationem deducitur;) *potest dici partus quoque rationem committi incerti stipulatione* (id est, æstimationem partus quoque peti posse actione ex stipulatu incerti, quâ ad interesse agitur:) *Etenim ancillâ traditâ partum postea editum, in bonis suis reus stipulandi habere potuisset*; id est, quia revera interest stipulatoris tanti, *ancillam* traditam fuisse, quanti non tantùm ipsa ancilla, sed & partus æstimari potest; siquidem hunc partum habiturus fuisset, si promissor factum præstitisset, hoc est, ancillam tradidisset. Atque hæc ratio subjecta tam manifestò confirmat superiorem explicationem conciliationemque, ut de eâ nihil dubii superesse videatur. Neque nunc ambigi potest, an stipulatio adjecta alteri contractui bonæ fidei firmando, induat ejus naturam, quod Wesembecio[b] cum plerisque ferè Interpretibus videtur quidem, sed tamen simpliciter verum non est. Imo fini & naturæ stipulationis contrariatur. Neque enim sic contractus per hanc certiores fierent, si eadem æque laxa fieret natura stipulationis, atque est contractus cui subjicitur. Sed & ex antedictis satis superque constat stipulationem subjectam pactis nudis, retinere naturam contractus, subjectam contractibus nec nominatis, retinere naturam contractus nominati, nec relin-

[a] l. 9. §. 2. ff. de act. empt. l. 28. ff. de cont. empt.

[b] par. ff. de Verb. Obl. n. 11.

relinquere locum pœnitentiæ: ſubjectam contractibus bonæ fidei, retinere naturam ſtricti juris, pluſque venire in actionem empti, quam in actionem ex ſtipulatione emptioni ſubjectâ. Aliud tamen in legato obtinere, ſubjectamque ſtipulationem ſequi naturam ejus, poſt Jacobum Aretinum alioſque interpretes, putat Wiſſenbachius [a], citans ad hoc illud Ulpiani[b]: *Belliſſimè quæritur an hæc ſtipulatio incrementum ex fructibus vel uſuris ſentiat? & rectè placuit ex morâ incrementum habituram ſtipulationem, ut id quod oportebit, comprehendat.* Hoc eſt, ſi mihi legata ſint centum ſub conditione, herεſque legati ſervandi cauſa caveat quidem, ſed tamen poſtquam extitit conditio, moram admittat, ob quam etiam ultra centum viginti uſurarum nomine ſolvere debeat, tum, etſi ſtipulatio, ſeu cautio in centum tantum concepta ſit, creſcit tamen contra naturam ſuam, ut comprehendat omne quod heredem etiam uſurarum (alias & fructuum) nomine dare oportebit. Bronchorſtius [c] aliique putant, id incrementum venire ex naturâ ſtipulationum Prætoriarum, omnes rei acceſſiones in futurum comprehendentium, quod à jure non alienum eſſe videtur [d]. Id certum eſt Prætorias ſtipulationes interpretationem à Prætore accipere multaque ſpecialia habere. Pergit autem ſic Ulpianus: *ſi quis ſub conditione legatum ſtipulatus, pendente conditione deceſſerit, ſtipulatio evaneſcit, quia nec legatum* (voculam **non** quam vulgati Codices hîc inſerunt rectius omitti res ipſa docet) *tranſmittitur. Huic ſtipulationi eaſdem cauſas* (i e. *modos*) *& conditiones ineſſe ſciendum eſt: proinde ſi qua ſit exceptio quæ petenti legatum opponi ſolet, eandem ex ſtipulatu quoque agenti opponendam eſſe placet.* Quod aliàs in ſtipulatum deductum eſt, ſine dubio naturâ ſuâ tranſmittitur ad heredes; hanc vero indolem amittit ſequiturque naturam legati, quæ legato ſubjecta eſt. Quod etiam confirmat illud Pomponii[e]: *Si legati ſervi nomine ſtipuletur legatarius fugitivum eum non eſſe præſtari, nihil veniet in eam ſtipulationem, quia qualis ſit, talis ex teſtamento præſtari debet, nec ullum in legato damnum facere intelligeretur.* Gloſſa rationem evaneſcentis hujus ſtipulationis petit ab errore. Malè. Non enim hoc convenit vel cum ratione dubitandi, vel cum ratione decidendi, quam JCtus dicit eſſe impletam voluntatem defuncti, ſi heres præſtitit ſervum, qualis ex teſtamento præſtari debet; ſiquidem non alius modus, aut conditio ſtipulationi ineſſe creditur (authore Ulpiano) quam quæ in legato fuit.

F I N I S.

a *diſp. juris civil. 53. theſ. 5.*
b *l. 1. § 13. ff. ut legator. cauſ. cav.*
c *tenetur aſſ. 54.*
d *l. 76. pr. ff. de V. O ibi non ut in judicio in futurum.*
e *l. 56. de legat. 1.*